



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

ELISANGELA SANTOS NASCIMENTO

**GESTÃO TEMERÁRIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ASPECTOS
RELACIONADOS À CULPABILIDADE E HABITUALIDADE.**

Brasília

2016

ELISANGELA SANTOS NASCIMENTO

**GESTÃO TEMERÁRIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ASPECTOS
RELACIONADOS À CULPABILIDADE E HABITUALIDADE.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Edson Ferreira

Brasília

2016

SANTOS NASCIMENTO, Elisangela.

Gestão Temerária nos Tribunais Superiores: Aspectos relacionados à culpabilidade e habitualidade.

66 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Professor Edson Ferreira

ELISANGELA SANTOS NASCIMENTO

**GESTÃO TEMERÁRIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ASPECTOS
RELACIONADOS À CULPABILIDADE E HABITUALIDADE.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Edson Ferreira

Brasília, 4 de novembro de 2016.

Banca Examinadora

Edson Ferreira
Orientador

Lucineia Possar
Examinador

Julio Hott
Examinador

A Deus por ter permitido o alcance deste projeto.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amparo e educação para a vida.

À professora Lucinéia Possar, que ao ministrar as aulas de Direito Empresarial, com vasto conhecimento e seriedade, me motivou a escolher o tema.

Ao professor Edson Ferreira, pelo apoio, compreensão, boa vontade, sabedoria e ensinamentos ao longo do período de produção deste trabalho.

Ao meu tio Herlon, minhas primas, Janine e Andréa, e meu querido Tasso, que, de forma carinhosa e desvelada, sempre me apoiaram e acreditaram em mim.

Ao estimado amigo, Dr. Durval Garcia, que com imensurável paciência me acolheu e elucidou, com segurança e conhecimento, dúvidas surgidas no caminhar da vida acadêmica.

“Só tem o direito de criticar aquele que pretende ajudar.”

“Pecar pelo silêncio, quando se deveria protestar, transforma homens em covardes.”

“Os princípios mais importantes podem e devem ser inflexíveis.”

(Abraham Lincoln)

RESUMO

A Gestão Temerária, configurada na Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 como crime contra o Sistema Financeiro Nacional, apresenta falha de definição do tipo previsto na redação do artigo 4º, parágrafo único do referido diploma legal. Razão que motiva várias críticas doutrinárias e também julgamentos divorciados de harmonia no âmbito dos Tribunais Superiores. Os bens jurídicos tutelados pela Lei em comento são a proteção do Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras e os bens e valores dos investidores, contudo, a falta de determinação do que venha ser temerário compromete a coerência das decisões judiciais, o que faz desta tipificação um tipo penal aberto. A preferência do legislador pelo tipo penal aberto atinge frontalmente o princípio da reserva legal, bem como transfere compulsoriamente para magistrados e doutrinadores o enfrentamento árduo da tarefa de suprir a lacuna de forma possível e razoável juridicamente. A situação é bastante árida, considerando tratar-se de matéria de direito penal, que, em regra, enseja sanções que afetam a liberdade. O presente trabalho exhibe as críticas e controvérsias doutrinárias sobre esse aspecto e mostra também, de forma compilada e empírica, outro aspecto controvertido, representado pela exigência, ou não, de ações repetitivas para caracterizar a habitualidade como elemento de configuração do ilícito.

Palavras chave: Sistema Financeiro Nacional. Gestão Temerária. Bens jurídicos. Princípio da reserva legal. Habitualidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA	6
1.1 NATUREZA JURÍDICA E CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA	9
1.2 IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO	18
1.3 CONCEITO DE GESTÃO TEMERÁRIA	21
1.4 SUJEITO ATIVO DO CRIME	25
1.5 COMINAÇÃO DA PENA	29
1.6. ASPECTOS RELACIONADOS À CULPABILIDADE E HABITUALIDADE	30
2. DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A HABITUALIDADE	41
2.1. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	42
2.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	56
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O Sistema Financeiro Nacional, conjunto de órgãos formado para regulamentar, fiscalizar e executar as operações necessárias à circulação da moeda e do crédito na economia, está explicitamente agasalhado pela Constituição Federal de 1988, no artigo 192, diante da relevância que representa para a vida de cada cidadão individualmente bem como traduz o referencial econômico financeiro do país.

A importância desse elemento conjugada com as frustradas expectativas da população pela ausência de previsão para punir eventuais delitos cometidos contra o referido sistema, deu origem à Lei 7.492/86. Entretanto, o processo legislativo de elaboração da norma resultou na criação de um diploma “legal” extremamente criticado pela doutrina e inquestionavelmente frágil pela falta de unicidade observada nas decisões emitidas pelos julgadores.

São inúmeras as lacunas apresentadas pela economicidade na definição do artigo 4º, da Lei 7.492/86, por isso, serão estudados o parágrafo único dessa Lei e as incongruências percebidas e alvejadas pelos doutrinadores em virtude da falta de segurança jurídica gerada pela imprecisão do termo utilizado na edição do tipo penal.

O crime de gestão temerária previsto no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, não estabelece qualquer parâmetro entre o proibido e o permitido, com isso, fere o princípio da reserva legal, por estarem ausentes os referenciais de balizamento para o aplicador da lei. Transforma em arbítrio as decisões, por ficarem entregues à livre convicção subjetiva e discricionariedade do magistrado.

A Lei 7.492/86, artigo 4º, *in verbis*, não define o tipo penal, apenas apresenta redação concisa, que nomeia as condutas como gestão fraudulenta e gestão temerária e comina as penas de reclusão entre dois e doze anos.

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A redação do referido dispositivo, demonstra que o legislador utilizou o tipo aberto em vez do fechado, abstrato em vez de concreto, perigo em vez de dano e risco em vez de ofensa concreta ao bem jurídico, e isso afronta a função de garantia do tipo penal em face do princípio da reserva legal.

Produção de lei em desacordo com os princípios vigentes do ordenamento jurídico pode gerar, no mínimo, questionamentos sobre a constitucionalidade da norma por flagrante violação ao texto constitucional, especialmente por atingir a parte sensível, que são os princípios, de onde devem irradiar as normas para terem validade jurídica e efetividade em relação ao direito previsto constitucionalmente.

Mesmo sendo plausível e necessária a observância de critérios preconcebidos no ordenamento jurídico, o legislador se afastou de tais requisitos, pelo fato de ser possível identificar falhas de conceito na edição da Lei em estudo. O tipo penal excessivamente aberto transfere ao julgador a onerosa interpretação que enseja em decisões contraditórias, além de desarrazoadas em relação às previsões legais, claramente notável a imprevidência do legislador ao tipificar crime doloso com elementar normativa “temerária”, termo que denota culpa. Assim, contraria frontalmente o inciso II do artigo 18 do Código Penal, o qual define como culposos delitos resultantes de imprudência, negligência ou imperícia, e, ato contínuo, o parágrafo único prevê que ninguém será punido por fato previsto como crime senão quando praticado dolosamente, salvo se houver previsão expressa, o que não se verifica.

Aspecto não menos controvertido e preocupante refere-se à exigência ou não de habitualidade para configurar o crime de gestão temerária, portanto, o tema foi eleito como principal objeto dessa pesquisa em razão da diversidade de julgados proferidos pelos Tribunais Superiores, uma vez que não se percebe qualquer fundamento jurídico e razoável para a habitualidade ser exigida e em consulta a outra decisão imediatamente proferida ter sido prescindida tal exigência. Essa situação, se apenas um ato é suficiente para a configuração ou é necessária a reiteração de atos, é reflexo da fragilidade da Lei elaborada e amplitude do termo gerir utilizado pelo legislador.

Como a referida legislação já nasceu eivada de vícios, e, em especial, o crime de gestão temerária é assunto bastante discutido tanto na doutrina como nos tribunais, desde a criação da norma até os dias atuais, por não estarem bem definidos os contornos de sua abrangência, este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de evidenciar os problemas decorrentes do parágrafo único, do artigo 4º da Lei 7492/86, e, em especial será realizado um

recorte do aspecto “habitualidade” para melhor compreensão das críticas dirigidas a essa redação e as consequências empíricas da aplicação ao caso concreto. A segunda etapa do trabalho compreende pesquisa aos sítios dos Tribunais Superiores no período de aproximadamente dez anos anteriores, a contar, retroativamente, tendo como marco o mês de julho de 2016. E assim, espera-se gerar uma reflexão sobre o Direito Penal Econômico e sua efetividade.

Como marco teórico foram utilizadas a doutrina e decisões judiciais, a partir de autores como Cezar Roberto Bitencourt, Juliano Breda, Luciano Feldens, Gauthama Fornaciari, Luiz Regis Prado, Ela Wiecko V. de Castilho, José Carlos Tórtima, Rogério Greco, entre outros, para fins de compreender a repercussão da Lei 7.492/86 e quais efeitos reais promove quando aplicada, daí a menção a julgados sobre o tema.

O ciclo de pesquisa foi baseado na análise de legislação-doutrina-jurisprudência, para ser possível entender melhor sobre a problemática da Lei 7.492/86 desde a criação até a aplicabilidade efetiva nos dias atuais. Sendo necessária a abordagem histórica do processo criativo, que revelou-se conturbado e assim explica, porém não justifica, o desapego e distanciamento das garantias mínimas e fundamentais existentes em um Estado Democrático de Direito.

Em seguida foram examinados os posicionamentos dos doutrinadores frente a constitucionalidade/inconstitucionalidade, conceito de gestão temerária, sujeito do crime, se culposo ou doloso o delito e os relevantes aspectos da habitualidade. Por fim, foi realizada pesquisa, por meio dos sítios do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de comprovar os diversos posicionamentos emanados sobre a quantidade de atos entendidos suficientes para deflagrar o cometimento do crime de gestão temerária.

No primeiro capítulo busca-se compreender as imperfeições do crime de gestão temerária por meio do conhecimento do contexto histórico do surgimento da Lei 7.492/86, apresentar a natureza jurídica de norma penal em aberto e a consequência óbvia das discussões que dela decorre sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade da Lei. Merece destaque também, o fato de a existência ou não de processo administrativo e eventuais pareceres técnicos emitidos por órgãos de regulação do Sistema Financeiro Nacional não serem relevantes ou sequer haver interesse do judiciário em apreciá-los para fins de processamento de ações judiciais de assunto complexo como é a atividade econômica, por demandar notório conhecimento e especialização.

Em um segundo momento, são apresentados os conceitos de Gestão temerária a fim de clarificar como possível o sentido do termo “temerária” com a expectativa de tornar menos obscuro o que venha ser gerir de forma temerária. Os conceitos e percepções foram extraídos do pensamento de Bitencourt e Breda, bem como Tórtima, além de ter sido buscada a definição denotativa do termo.

Ainda no primeiro capítulo, são apresentadas as discussões sobre quem figura como sujeito ativo do crime de gestão temerária. Tendo em vista se tratar de crime próprio, não seriam razoáveis dúvidas sobre a questão, entretanto, existe a interpretação, para alguns autores equivocada, acerca da possibilidade de o crime de gestão temerária ser praticado por gerente. Tal situação é rechaçada por parte da doutrina sob o argumento de o ocupante de função gerencial não possuir poder de decisão.

Logo em seguida menciona-se a cominação da pena prevista para o crime de gestão temerária, considerada excessiva pelos autores Bitencourt e Breda e satisfatória no entendimento de Prado e Tórtima, pela justificativa de que merecem tratamento severo os crimes praticados contra a ordem econômica. Simpático à ponderação, mostra-se a opinião de Greco, que invoca a proporcionalidade como princípio a ser aplicado entre a conduta e a gravidade do fato delitivo, ou seja, a busca pelo equilíbrio.

Fazem parte ainda do primeiro capítulo, os aspectos controvertidos gerados exclusivamente pela escolha, do legislador, do termo “temerária” para definir crime doloso, sendo que o significado da expressão remete a culpa. O assunto é bastante criticado pela doutrina, nas lições de Bitencourt e Breda, Áureo Natal de Paula, Leonardo Mundim Moraes Oliveira, Tórtima e Fornaciari.

Da obra desse último autor, foram utilizados dados da pesquisa empírica realizada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apesar deste trabalho ter eleito como proposta o Crime de Gestão Temerária nos Tribunais Superiores, os registros exibidos na pesquisa do autor revelam estatísticas que se harmonizam plenamente com temas debatidos neste trabalho, a exemplo de ofensa ao princípio da legalidade, sujeito ativo do crime, exigência de habitualidade, e outros. Dessa forma, os dados foram usados para ilustrar o debate, considerando que no momento oportuno o estudo foi instruído com referências extraídas dos Tribunais Superiores, por ser o tema central pesquisado.

Por fim, apesar de quase intermináveis as irradiações deletérias decorrentes da

falta de cuidado na elaboração da Lei, em particular o parágrafo único do artigo 4º, tem-se a figura da habitualidade, necessária ou prescindível? A doutrina majoritária posiciona-se coerente com o significado do termo gestão e define ser necessária uma sequência de atos.

No segundo capítulo, são demonstrados por meio de dados extraídos de pesquisa realizada no sítio do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, período de aproximadamente dez anos anteriores, contados, retroativamente, tendo como marco o mês de julho de 2016, os entendimentos discrepantes dos julgadores, em análise sintética qualitativa e quantitativa, sobre a necessidade ou não da habitualidade para configuração do delito de gestão temerária.

A principal dificuldade para concluir este trabalho certamente foi a escassez de material doutrinário ou outras fontes confiáveis e seguras para fundamentar o necessário debate sobre o tema. Mesmo se tratando de assunto antigo, porém atual, e de viés moral e conduta reprovável pela percepção dos cidadãos de bem, a abordagem revela-se tímida e carente de substância pedagógica com o intuito de provocar mudanças na legislação. Não só capaz de reprimir, mas acima de tudo para ser justa, de acordo com os mandamentos constitucionais instituídos pela Carta Magna de 1988, que vincula garantias ao sistema penal pátrio por meio da limitação do poder do Estado na esfera de atuação contra a liberdade do cidadão. Ações contrárias ao reconhecimento das garantias conquistadas, violam a ordem jurídica e a dignidade da pessoa humana, preceitos fundamentais e pilares do Estado Democrático de Direito.

1. O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA

A criminalidade econômica assume nos dias que correm relevância no contexto da análise globalizada de ilícitos penais. No Brasil, não é diferente, ou seja, a ocorrência da criminalidade econômica é uma realidade desde os tempos mais remotos, e assumem proporções gravosas com os recentes escândalos (anões do orçamento, sanguessuga, petrolão, mensalão, eletrolão, lava jato, entre outros) que maculam e desprestigiam a imagem do país, que figura como destaque “negativo” nas manchetes dos meios de comunicação internacionais, pela situação de crise, econômica e política, e, no âmbito interno, pela geração de indescritíveis prejuízos aos menos favorecidos economicamente. Os crimes dessa natureza violam não só o interesse individual de cada cidadão, mas alcançam a coletividade, uma vez que atingem a ordem econômica prevista constitucionalmente como bem jurídico no artigo 192 da Constituição Federal de 1988.

A história relata que por muito tempo, os códigos permaneceram silentes sobre o tema, assim, não era prevista punição para condutas delitivas praticadas contra o Sistema Financeiro Nacional. A princípio a ausência de norma se justificava pela inexistência de instituições financeiras, como se apresentam na atualidade.¹ Com as mudanças sistêmicas ocorridas no Sistema Financeiro Nacional tornou-se imperioso o surgimento de legislação que contemplasse medidas penais com o objetivo de coibir tal conduta, que gera dano social inimaginável, às vezes irreparável, e manter boas práticas de gestão econômico-financeira, a fim de proteger a ordem econômica vigente.

Na Lei de Economia Popular 1.521/1951, antecedente mais genuíno dos crimes de gestão fraudulenta e temerária, embora também não tenha sido feita distinção conceitual entre os crimes e as penas cominadas fossem idênticas, havia previsão de dano concreto. Não bastava a mera conduta para estar configurado o delito, era necessário o efeito de prejuízo ou efeitos materiais tangíveis.² Posteriormente surgem a Lei 4.595/1964, da reforma bancária; a Lei 4.728/1965, que disciplina o mercado de capitais, e, por fim, a Lei 7.492/1986, relativa aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.³

Todavia, relata Gauthama Fornaciari que a Lei 7.492/86 foi criada em um

¹PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 209.

²OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. *Universitas/jus*, Brasília, n. 4, p. 63, jul./dez. 1999

³PRADO, op cit.. p. 210.

contexto não muito favorável, pois o turbulento processo legislativo prejudicou bastante a aptidão do diploma legal tão almejado naquele momento de incessantes escândalos financeiros e notório clamor da população para ter, no ordenamento jurídico, uma norma capaz de inibir e/ou punir as condutas reprováveis e criminosas cometidas contra o sistema financeiro nacional.⁴ Nesse período, “de 13/3/1974 a 31/12/1986, 316 instituições estavam sob o regime especial do Banco Central.”⁵

Continua o autor a relatar que a Lei 7.492/1986 padeceu de “conturbado processo de elaboração legislativa que comprometeu a qualidade dos seus dispositivos.” E que três fatores colaboraram para esse contexto: a) o clamor público diante de sucessivos escândalos financeiros no início da ‘década perdida’ de 1980, período de aguda crise econômica e inflacionária; (b) a profusão de anteprojetos e projetos de leis, se sistematização técnica; (c) a pressa com que a Lei foi apreciada e aprovada pela Câmara dos Deputados, depois de sofrer inúmeras modificações questionáveis pelo Senado, num período marcado pela transição do país ao regime democrático.⁶

Um dos fatores acima apontados por Fornaciari refere-se ao “clamor público diante de sucessivos escândalos financeiros no início da ‘década perdida’ de 1980, período de aguda crise econômica e inflacionária”, sobre esse aspecto relata a autora Ela Wiecko de Castilho⁷ que, a começar do ano de 1974 ocorreram sucessivas quebras e negócios mal-esclarecidos que estarreceram o país. Conforme a autora, podem ser revisitados alguns casos que, à época, repercutiram negativamente: Halles, Áurea, Ipiranga, Lume, Tieppo, Delfin, Capemi, Coroa Brastel, Haspa, Letra, Grupo Sulbrasileiro, Habitasul, Brasilinvest, Comind, Auxiliar e Maisonave. Mesmo os investidores tendo que suportar a fraude sofrida e os efeitos de terem sido vítimas de crimes, não havia lei específica que punisse penalmente os administradores responsáveis, em virtude de a conduta não se enquadrar na definição de crimes ou, ainda, ser difícil comprovar a responsabilidade pessoal. Diante de tal precariedade, surgiu a discussão sobre a necessidade de criminalização dessas condutas. Assim, inicia-se o processo de construção da Lei 7492/86 espelhado nas providências já adotadas pelos países europeus, com base na concepção de penalistas favoráveis a uma “política criminal

⁴FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 69.

⁵Idem, p. 70.

⁶Ibidem, p. 69/70.

⁷CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional* (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986). Belo Horizonte. Livraria Del Rey Editora, 1998. p. 125/127.

alternativa” acerca de condutas danosas aos interesses difusos e coletivos. Acrescenta Castilho, que houve demora na edição da Lei:

“Todavia, a lei demorou a ser editada. A causa comumente apontada é a falta de vontade política. É uma forma de dizer que aos detentores do poder não interessa promover mudanças ou engajar-se em ações que representem um perigo à continuidade extensiva do exercício desse poder. Note-se, porém, que não se trata de um comportamento simplesmente omissivo. É muitas vezes extremamente ativo e ocorre por intermédio de grupos de pressão.”⁸

O “sentimento da época”, que certamente motivou e animou a aprovação da Lei, foi registrado na justificativa do Projeto de Lei 273, de 1983, publicado no Diário do Congresso Nacional, em 25/3/1983, p. 1018-1019, nos seguintes termos: “O presente projeto representa velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional (...).”⁹

A narrativa histórica acima explica, mas não justifica, os inúmeros e graves problemas, trazidos oportunamente ao debate, decorrentes da suposta urgência com que foi conduzido o processo de aprovação da Lei 7.492/86, sob a alegação de responder aos anseios da sociedade. Passado o tempo, as circunstâncias e inquietações dos doutrinadores comprovam que a Lei aprovada nos termos atuais gera mais confusão e insegurança do que atende à finalidade de sua gênese.

Como reforço e proteção ao arcabouço legislativo existente, a Constituição Federal de 1988, além de tutelar a Ordem Econômica e Financeira, também se encarregou do Sistema Financeiro Nacional, que de acordo com o artigo 192 da Constituição Federal está estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade.

A Carta Magna cuidou também de amparar, no artigo 173, os princípios gerais da atividade econômica e prever, de forma expressa, a responsabilização de condutas que atentassem contra a ordem econômica e financeira. Como, aliás, não poderia deixar de ser, pela importância que representa o sistema financeiro para o país por formar parte da estrutura institucional que alicerça o desenvolvimento.

⁸CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional* (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986). Belo Horizonte. Livraria Del Rey Editora, 1998. p. 126/127.

⁹FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 70.

O sistema financeiro, as instituições financeiras, os bens e valores dos investidores, são os bens jurídicos tutelados na prática da gestão fraudulenta e temerária. Protege-se o regular funcionamento do sistema financeiro, as instituições financeiras, pelo relevante papel dentro do sistema econômico-financeiro, e o patrimônio dos investidores que destinam suas economias, ou parte delas, para serem geridas pelas instituições financeiras, por acreditarem que as operações serão realizadas com honestidade e lisura.

O Sistema Financeiro Nacional é, conforme a Federação Brasileira dos Bancos (Febraban), um conjunto de “órgãos que regulamentam, fiscalizam e executam as operações necessárias à circulação da moeda e do crédito na economia”.¹⁰ É formado por instituições financeiras públicas e privadas. Constitui o arcabouço basilar de fixação da política financeira, por meio do Conselho Monetário Nacional.

1.1 Natureza jurídica e constitucionalidade da norma

Diante da relevância do Sistema Financeiro para a estabilidade e crescimento econômico do país, torna-se imperativa a necessidade de normas que ofereçam proteção e segurança mínimas ao Sistema e todos os envolvidos. Entretanto, a Lei 7.492/86 dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, no parágrafo único, do artigo 4º, objeto deste estudo, é extremamente frágil conceitualmente, em virtude de sua natureza de norma penal em aberto, “em que se transfere para o intérprete a incumbência de delimitar seu conteúdo com diferentes e contraditórias interpretações[...]”¹¹

A dimensão da variedade de entendimentos alcançada pela precariedade do tipo penal aberto do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86 permite, ou até mesmo obriga, os julgadores a cometerem atos de ingerência com o objetivo de cumprir seu papel, por estarem adstritos ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, disposto na previsão expressa do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Contudo, essa interferência não se mostra efetiva, pelo contrário, acaba por gerar situações desalinhadas da finalidade de proteger e resguardar o Sistema Financeiro e o patrimônio dos investidores.

¹⁰FERREIRA, Marcelo Andrade. *Sistema Financeiro Nacional: uma abordagem introdutória dos mecanismos das instituições financeiras*. Curitiba: Editora InterSaberes, 2014. p. 21.

¹¹FERREIRA, Edson. *A fundamentação de decisões nos crimes contra o sistema financeiro nacional – Um aprofundamento sobre o crime de gestão temerária à luz de elementos da Teoria do Risco*. Brasília: Dissertação apresentada ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e Políticas Públicas, 2009. p. 128.

Conforme prescreve o autor Edson Ferreira, citado anteriormente, a natureza de norma penal em aberto decorre de a necessidade de buscar a compreensão do significado jurídico da expressão gestão temerária em outra fonte, uma vez que o texto legal foi omissivo em atribuir a definição do termo.

Sobre a criação de tipos penais exageradamente abertos, preceituam Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda que mesmo sendo invocados interesse público, interesses de uma justa solução do caso concreto ou que se trate de bens jurídicos coletivos preponderantes em relação aos interesses da segurança jurídica ou ao princípio da reserva legal estrita, tais tipos são inadmissíveis, pela razão de os dois últimos princípios não admitirem, em nenhuma hipótese, relativização em um Estado Democrático de Direito.

“[...] a utilização de tipos *exageradamente abertos*, mesmo que se invoque ‘interesse público’, ‘interesses de uma justa solução do caso concreto’ ou ‘que se trate de bens jurídicos coletivos preponderantes’ em relação aos interesses da *segurança jurídica* ou ao *princípio da reserva legal* estrita, pois nenhum destes dois últimos princípios admite qualquer relativização em um Estado Democrático de Direito.¹²”

Bitencourt e Breda consideram a definição do tipo penal, prevista no parágrafo único do art. 4º, insuficiente, o que fere o princípio da reserva legal e coloca em risco os postulados liberatórios assegurados em um Estado Democrático de Direito. Entendem que a abertura do tipo compromete a definição precisa e cristalina do crime e cominação da pena e isso também gera impacto no princípio da legalidade, que impede um fato de ser considerado crime e a aplicação da pena criminal correspondente sem lei anterior que definam. Diante dessas premissas, os autores defendem a inconstitucionalidade da norma:

“Não se pode ignorar que todo e qualquer tipo penal excessivamente *aberto*, como é o caso da definição do crime de gestão fraudulenta ou temerária, deve ter sua *inconstitucionalidade* reconhecida, por violar o princípio da legalidade estrita, pois além de incitar a indesejada ampliação da punibilidade, inviabiliza o exercício da ampla defesa e impede que o cidadão possa ser devidamente motivado pela norma penal, por desconhecer os limites do proibido.¹³”

Os autores alertam que apesar dos aspectos claramente inconstitucionais que a Lei apresenta, os entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário à doutrina majoritária,

¹²BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.55

¹³Idem, p.54

preferem o pragmatismo à segurança jurídica ao proferirem interpretações “salvacionistas.”¹⁴

Pela ausência da delimitação dos elementos objetivos presentes inicialmente no artigo 3º, IX, da Lei 1.521/51, de levar a instituição à falência ou insolvência ou, ainda, descumprir quaisquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados, o tipo penal aberto previsto no parágrafo único, do artigo 4º, da atual Lei 7.492/86 vem possibilitando que as decisões judiciais transformem meros ilícitos civis e administrativos em crimes, o que fere frontalmente o princípio da reserva legal. Pois as normas administrativas do Banco Central e Conselho Monetário Nacional, quando utilizadas, são transformadas em fontes complementares da tipicidade penal, como se a norma penal da Lei 7.492/86 fosse uma norma penal em branco, quando se trata de norma penal em aberto. Esclarecem os autores Bitencourt e Breda:

“Tipo penal aberto não se confunde com norma penal em branco. Com efeito, o tipo penal aberto que tipifica (não descreve) gestão fraudulenta e temerária é uma norma penal completa, cuja concretização é operada pelo julgador por meio de um juízo de valoração ou de acordo com os dados circunstanciais, sem poder invocar “normas complementares” ou subsidiárias, que implicaria em usar analogia in mallan partem”.¹⁵

Toda essa construção utilizada para ser possível admitir, processar, julgar e punir os “crimes” porventura praticados contra o Sistema Financeiro Nacional, para Podval, que teve seu entendimento citado por Bitencourt e Breda,¹⁶ demonstra a ilogicidade do sistema, uma vez que a Lei pune com sanções bastante severas fato que na esfera administrativa são indiferentes e regulares.

Sobre riscos admitidos e toleráveis no convívio entre as pessoas, manifesta-se Günther Jakobs¹⁷, “um comportamento que gera um risco permitido é considerado normal”, e “os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo algum”. Diante do ensinamento de Jakobs fica clara a hipótese de exclusão da tipicidade perante a imperfeição da norma e estando a operação em consonância com os riscos naturais da atividade financeira.

Nesse sentido, os autores Bitencourt e Breda citam a “correta” e “corajosa”

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.56

¹⁵Idem, p.72

¹⁶Ibidem, p.61

¹⁷JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

denúncia de Rodrigues da Silva nos seguintes termos: “ O Poder Judiciário está criando tipos novos por meio da analogia, ferindo flagrantemente, a *Lex Major* relativamente à divisão dos poderes e, especialmente, ao princípio da reserva legal.”¹⁸

Continuam os autores na edificação aumentativa da defesa da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 4º da Lei em análise, ao entenderem que a conduta ali prevista expõe a “risco todos os postulados libertários assegurados em um Estado Democrático de Direito”. Postulados esses regularmente recepcionados pela Constituição Federal, dentre os quais merece destaque o princípio da reserva legal, marcado por Ludwig Andreas Feuerbach no século XIX “sob o verbete *nullun crimen nulla poena sine lege*.”¹⁹ Aduzem os autores ser inadmissível mudar a direção ou excepcionar o princípio da reserva legal, pois este simboliza o alcance da consciência jurídica, norteadas pelos mandamentos de justiça, recusados apenas por regimes totalitários. Para sustentar a inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 4º da Lei 7.492/86, assinalam os autores:

“Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo *princípio da legalidade*, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (art. 5º, inc. XXXIX, da CF). A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. São inadmissíveis, pelo *princípio da legalidade*, expressões vagas, equívocas, indeterminadas, ambíguas ou exageradamente abertas, na definição de crimes ou cominação de penas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: “uma lei indeterminada ou imprecisa, e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniend* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo”²⁰.

Para Bitencourt e Breda é certo que os tipos penais imoderadamente abertos, a exemplo do crime de gestão fraudulenta ou temerária, devem ser declarados inconstitucionais, por serem flagrantemente anticientíficos e violarem frontalmente o princípio da legalidade estrita. Pois produzem os efeitos de ampliar a punibilidade, tornar inviável a prática da ampla defesa e ainda impossibilita o cidadão de conhecer a fronteira entre o permitido e o proibido.²¹

Pela plausibilidade do argumento de defesa de ser inconstitucional o parágrafo

¹⁸BITENCOURT,Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.61.

¹⁹Idem, p. 54

²⁰Ibidem.

²¹Ibidem.

único, do artigo 4º, da atual Lei 7.492/86, o autor Edson Ferreira²² cita diversos autores que impingem o mesmo entendimento. Assim, são mencionados: Podval, Tórtima e Nucci, por afirmarem que o parágrafo único, do artigo 4º, da atual Lei 7.492/86 é norma incriminadora aberta e, por isso, permite ao julgador ditar o conteúdo de um tipo penal, o que é flagrantemente inconstitucional, uma vez que afronta, como já mencionado, o princípio da legalidade previsto na ordem constitucional vigente.

De acordo com os autores Paulo José da Costa Júnior, Maria Elizabeth Queijo, Charles Marcildes Machado²³, seria necessário que o legislador tivesse descrito no texto da norma “quais os comportamentos humanos que caracterizam a gestão temerária”. A falta dessa indicação viola o princípio da taxatividade do tipo penal e compromete a segurança do direito.

Na mesma esteira, Tórtima defende a inconstitucionalidade da Lei elaborada ao lembrar a lição de Nilo Batista de que é função do princípio da legalidade promover as garantias individuais. Então o autor expressa seu sentimento de total inconformismo:

“Aqui ao esgotar o enunciado da norma incriminadora com a fórmula gestão temerária, o legislador transferiu virtualmente para o juiz o poder de ditar o conteúdo do tipo, abrindo-se, desse modo, ampla e intolerável margem ao arbítrio. A burla ao princípio da legalidade, daí resultante, não poderia ser mais tangível.”²⁴

Crítica não menos contundente sobre o parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, é feita pelo autor Bruno Queiroz Oliveira no artigo publicado na Revista de Direito da Advocef. Considera o autor que a fórmula ampla e imprecisa do substantivo gestão agregado do adjetivo temerária provocam insegurança jurídica por retirar do julgador e do dirigente de instituição financeira o elementar conhecimento sobre o rol de condutas que efetivamente configurariam tais crimes, a gestão fraudulenta e a gestão temerária. Destaca Oliveira que o objetivo precípua do tipo penal é exatamente o de garantia, em observância ao princípio da legalidade, que não admite existir crime ou pena sem definição legal anterior.²⁵

²²FERREIRA, Edson. *A fundamentação de decisões nos crimes contra o sistema financeiro nacional* – Um aprofundamento sobre o crime de gestão temerária à luz de elementos da Teoria do Risco. Brasília: Dissertação apresentada ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e Políticas Públicas, 2009. p. 131/132

²³COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo. Saraiva. 2000. p. 79.

²⁴TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.30/31.

²⁵OLIVEIRA, Bruno Queiroz. Considerações sobre a Lei 7492/86: balizas dogmáticas e constitucionais aos crimes de perigo abstrato. *Revista de Direito da Advocef*. Porto Alegre, v.1, n.9, 2009. p. 99-100.

Assim, o autor manifesta seu entendimento sobre o excessivo poder delegado ao magistrado pelo legislador:

“Na gestão temerária, o legislador deferiu ao magistrado o poder de ditar o conteúdo descritivo do tipo penal, característica bem típica de regimes penais autoritários e excessivamente repressores. Nesse sentido, o professor Nilo Batista adverte para o fato de que “a função de garantia exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.”²⁶

Entretanto, também existem argumentações favoráveis à redação atual do tipo penal, e sua constitucionalidade, sob a tese de que as gestões, fraudulenta e temerária, podem assumir infinitos comportamentos, assim, a exigência da descrição de cada possibilidade que a configurasse tornar-se-ia forma incontestada de impunibilidade de tais crimes.

De acordo com Gilberto José Pinheiro Júnior²⁷, o que se procura “é a adoção de fórmulas amplas, que permitam ao juiz captar o máximo de condutas puníveis, isto é, a existência de tipos legais que sejam capazes de acompanhar a agilidade da vida econômica”, e com isso, evitar que a lei se tornasse obsoleta rapidamente.

O autor Áureo Natal de Paula critica a forma aberta do tipo penal, por considerá-la inconstitucional, no entanto, também apresenta a tese de defesa dos que são favoráveis ao tipo aberto. Esclarece o autor, que a linha de raciocínio desenvolvida por quem defende o tipo penal aberto, perpassa o entendimento de que não é razoável exigir descrição de condutas, pois são infinitas no caso de crimes de gestão fraudulenta e temerária. Dessa forma, exigir que as condutas fossem previstas em tipos penais fechados seria certamente dificultar ou até mesmo impossibilitar a punição de tais crimes.”²⁸

Do entendimento de ser constitucional o parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, também compartilha o autor Rodolfo Tigre Maia, criticado nas lições de Bitencourt e Breda,²⁹ por apresentar argumentos equivocados, segundo os autores, que transcrevem em sua obra o posicionamento de Tigre Maia:

²⁶OLIVEIRA, Bruno Queiroz. Considerações sobre a Lei 7492/86: balizas dogmáticas e constitucionais aos crimes de perigo abstrato. *Revista de Direito da Advocef*. Porto Alegre, v.1, n.9, 2009. p. 99-100.

²⁷PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes Econômicos – As limitações do Direito Penal*. Campinas. Edicamp, 2003. p.98.

²⁸PAULA, Áureo Natal de. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 100.

²⁹BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.54/55.

“De qualquer modo, não se constata violação do princípio da reserva legal no dispositivo. [...] porque sua objetividade jurídica, consubstanciada na garantia da idoneidade econômico-financeira da instituição, em particular, e do próprio Sistema Financeiro Nacional, em geral, bem como indiretamente o interesse público na preservação da poupança dos particulares, é compatível com o cânone constitucional.”

A fim de ratificar suas impressões sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, Bitencourt e Breda destacam que Delmanto corrobora de seus entendimentos ao declarar que o autor Rodolfo Tigre Maia apresenta “irresponsáveis argumentos jurídicos”, sem chance de prosperar.³⁰

Também em defesa da constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, menciona Fornaciari³¹, manifestações de Guilherme Calmon da Gama e Abel Fernandes Gomes, que por se tratar de bem jurídico complexo, é impossível que o legislador consiga mapear as condutas passíveis de serem praticadas contra o sistema financeiro nacional, por isso, é aceitável o tipo penal aberto, a fim de conferir eficácia à Lei. Assim, traduzem Gama e Gomes seus posicionamentos sobre a constitucionalidade do tipo penal aberto:

“A própria complexidade da prática dessas condutas, como já tão apregoadas pela doutrina jurídico-penal e estudos criminológicos e sociológicos da impunibilidade dos denominados “crimes do colarinho branco”, é exatamente um dos pontos que, até hoje, constitui um dos mais graves embaraços à prevenção e repressão a esse tipo específico de criminalidade. Como exigir, então, do legislador, a precisão na sua definição e a estrita elaboração de tipos fechados nessa área? Parece-nos insustentável a posição que pugna pela inconstitucionalidade da criação dos tipos abertos, contidos no art. 4º, *caput* e parágrafo único da Lei n. 7.492/86, uma vez que, dentro daquele critério de análise recomendado por Zaffaroni e Pierangeli, as circunstâncias justificaram a opção pela elaboração dos tipos abertos” (GAMA; GOMES, 1999, p. 218-221).³²

Não obstante toda a majoritária argumentação contrária a constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, para que a definição permaneça da forma como está, tipologia aberta, entende o autor Gilberto José Pinheiro Júnior que poderia ser operacionalizada mediante uma adaptação da norma penal em branco e o seu complemento

³⁰BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.54/55. p.55

³¹FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 145/146.

³²Idem.

não precisaria advir de uma norma complementadora, mas de um parecer técnico.”³³

Em sinergia com essa corrente dos que defendem a constitucionalidade do discutido artigo 4º da Lei 7.492/86, Baltazar Jr. ensina no texto da obra de Fornaciari³⁴ que “o tipo não é inconstitucional, pois o elemento normativo do tipo, embora exija esforço interpretativo diante da imprecisão própria da linguagem, pode ser definido, a exemplo das características dos crimes contra a honra.”

Fornaciari, além de abordar discussões doutrinárias sobre a constitucionalidade da forma como está previsto o crime de gestão temerária, também investigou outros aspectos da norma em estudo e verificou, na prática, como se comporta o direito em ação relativo aos crimes financeiros.

Assim, imbuído do propósito de demonstrar o comportamento do direito em ação, as discussões doutrinárias trazidas serão ilustradas com os resultados quantitativos e qualitativos auferidos na pesquisa realizada por Fornaciari³⁵ perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, referente aos julgamentos sobre gestão temerária.

A demonstração será feita por meio da transcrição de quadros que apresentam os dados coletados pelo autor a fim de possibilitar a visualização dos efeitos da aplicabilidade da Lei, pelo Tribunal, aos casos concretos.

Ofensa ao princípio da legalidade: ³⁶

Ofensa à legalidade	Frequência	Porcentagem
Sim	0	0%
Não	5	56%
Não menciona	4	44%
Total	9	100%

Em 56% dos julgados o Tribunal afirma categoricamente que o tipo previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86 não fere o princípio da legalidade, assim, afasta a discussão sobre a constitucionalidade. Nos demais casos, cerca de quase metade, não se verifica qualquer menção ao assunto.³⁷

A admissão pela constitucionalidade do artigo 4º da Lei 7.492/6, automaticamente

³³PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes Econômicos – As limitações do Direito Penal*. Campinas. Edicamp, 2003. p.98/99.

³⁴FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 145.

³⁵Idem, p.249.

³⁶Ibidem, p.271.

³⁷Ibidem.

desprestigia os princípios e garantias mínimos esperados em um Estado Democrático de Direito e conquistados pelos cidadãos por estarem sob sua égide. Observadas as proporções, e levando-se em conta os princípios constitucionais presentes no Estado Democrático de Direito, o debate ora instalado sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo legal objeto desta pesquisa remete às reminiscências dos dispositivos 33 e seguintes da Lei 11.343/2006, ao exibir, apenas no *caput* do artigo 33 da referida Lei, dezoito verbos que descrevem e incriminam a conduta que o diploma legal pretende coibir.

Diante desse inevitável paralelismo traçado entre as duas Leis, a presença de uma legislação débil e que afronta garantias, como o aparente caso do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, parece constituir uma falácia, porém com o condão de punir, o que pode gerar irreparáveis danos aos acusados, pois além de a Lei não revelar quais são os atos passíveis de serem considerados temerários, ainda fica prejudicada a defesa, uma vez que classificar a conduta como temerária fica a cargo do entendimento subjetivo do julgador.

É inegável que os argumentos apresentados, pró e contra a constitucionalidade do tipo aberto do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, são robustos e tangenciam dois pontos nevrálgicos: um no que diz respeito à regulação do sistema financeiro nacional, responsável por promover e o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade e proteção do patrimônio individual de investidores e correntistas e outro, não menos relevante, que é a defesa dos direitos e garantias mínimas que devem ser entregues ao cidadão por um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Como cada linha de defesa apontada pelos doutrinadores demonstra certo grau de legitimidade, por óbvio que a interpretação dos Tribunais se inclinou para uma das correntes defendida pela doutrina. Assim, a maioria dos julgados se alinha, por aproximação, do entendimento doutrinário que defende a redação do artigo 4º da Lei 7.492/6.³⁸

A seguir dados da pesquisa realizada por Fornaciari que revelam a adesão do Tribunal a uma corrente doutrinária.

Citação de doutrina sobre o tipo:³⁹

³⁸FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 145.

³⁹Idem, p.264.

Citação de doutrina	Frequência	Porcentagem
Sim	7	78%
Não	2	22%
Total	9	100%

Em 78% das decisões sobre o crime de gestão temerária há menção de doutrina, isso confirma a utilização da produção doutrinária sobre a Lei 7.492/86 no âmbito do Tribunal.⁴⁰

1.2 Irrelevância da existência de processo administrativo

De acordo com posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferido na Ação Penal 2003/0229654-3, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, a auditoria realizada pelo Banco Central, mesmo que afirme a ocorrência de prática de atos temerários em gestão de instituição financeira, não é suficiente para autorizar a edição de decreto condenatório, tendo em vista ser indispensável o material probatório judicial para fins de responsabilização penal.

Defende Pinheiro Júnior que a norma pode ser operacionalizada, da forma que se encontra, mediante uma adaptação, ou seja, complementada por parecer técnico.⁴¹ Todavia, o anseio do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de garantir o contraditório e respeito ao devido processo legal. Mas, em se tratando de avaliar conduta relativa a assunto tão complexo, específico e dinâmico como é o Sistema Financeiro Nacional, esse ônus transferido para o magistrado é extremamente excessivo, considerando que a formação do julgador é eminentemente jurídica e não tecnicamente econômica.

Mencionam Bitencourt e Breda que a atividade econômica demanda notória especialização e exige “conhecimentos de mercado, de economia, de direito financeiro, de mercado de capitais, de técnicas bancárias, de matéria cambial, dentre muitos outros”. Assim, defendem os autores que no julgamento de ações relativas a gestão temerária deve-se eleger uma espécie de junta ou comissão pericial, formada por três especialistas e não somente um perito como recomendado pelo artigo 159 do Código de Processo Penal.⁴²

⁴⁰FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 264.

⁴¹PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes Econômicos – As limitações do Direito Penal*. Campinas. Edicamp, 2003. p.98/99.

⁴²BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o*

Dados da pesquisa realizada por Fornaciari demonstraram, a seguir, que o processo administrativo não é relevante, tão pouco existe a preocupação do judiciário de conhecer o parecer dos órgãos de regulação que, em tese, possuem capacidade e qualificação técnica para avaliar a situação fática.

Condenação na esfera administrativa em processo punitivo:⁴³

Condenação	Frequência	Porcentagem
Sim	3	33%
Não	1	11%
Não menciona	5	56%
Total	9	100%

Em 56% não há indicação da existência de condenação na esfera administrativa. Em 33% dos casos houve condenação em processo administrativo. E o percentual restante, de 11%, não há qualquer referência a processo administrativo anterior, o que demonstra não ter relevância, nem mesmo para mero fim informativo.⁴⁴

Sobre esse aspecto, aduz o autor:

“[...] considerando que na maioria das decisões o Tribunal não menciona o resultado da decisão na esfera administrativa, e, quando o faz, na maior parte das vezes, o resultado não é o mesmo, verifica-se, na prática, uma independência da esfera judicial em relação à esfera administrativa no julgamento do crime de gestão temerária.⁴⁵

Portanto, no que diz respeito à gestão temerária, predominou a interpretação que privilegia a independência das esferas administrativa e judicial, que se coaduna com uma prevalência da eficiência na persecução penal ao invés de se conferir maior oportunidade de defesa ao réu e maior subsidiariedade do direito penal, pois o Tribunal considera irrelevantes as conclusões dos órgãos supervisores do sistema financeiro acerca da configuração ou não do delito.”⁴⁶

Caso a conduta do administrador, possível sujeito do crime de gestão temerária, de instituição financeira, fosse vinculada às normas expedidas pelos órgãos reguladores do sistema financeiro nacional, como o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários, seria uma possível forma de delimitar a incidência do tipo penal e elidir o arbítrio.

Mercado de Capitais. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.65.

⁴³FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p.267/268.

⁴⁴Idem, p.268.

⁴⁵Ibidem, p.269.

⁴⁶Ibidem, p.271.

Enquanto nenhuma providência é adotada nesse sentido, as decisões continuam sem considerar, como comprova a estatística indicada no quadro acima, a existência de processos administrativos e respectivas decisões para fins de instrução dos processos judiciais. Ao apreciar uma decisão administrativa no julgamento da Apelação Criminal 2005.05.00.036940-8⁴⁷, o TRF da 5ª Região afastou a descaracterização do delito mesmo o administrador tendo agido em conformidade com as normas do Banco Central.

Entretanto, em que pese prevalecer o desprezo pela decisão técnica, do Tribunal pesquisado por Fornaciari, a processos administrativos, encontram-se acórdãos, proferidos em sede de habeas corpus⁴⁸, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que consideraram viável a acusação de gestão temerária contra administradores de instituições financeiras que inobservaram normas editadas pelo Banco Central do Brasil, assim, o Superior Tribunal apreciou e considerou o processo administrativo. De igual forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 87.440/GO⁴⁹, declarou a viabilidade de acusação de gestão temerária em face da conduta de “aprovar e conceder créditos sem o devido apego a normas administrativas do Banco Central e sem os elementares cuidados de controle e recuperação das quantias mutuadas, eventualmente inadimplidas”.

Ainda em sede de habeas corpus, HC 81.324/SP e HC 83.674/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo trancamento de duas ações penais por falta de justa causa, considerando que o resultado da análise realizada pelo Banco Central do Brasil, não apontou irregularidades na conduta do agente acusado da prática de gestão temerária, como se verifica nas transcrições das ementas a seguir:

EMENTA: "HABEAS CORPUS". PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ARQUIVAMENTO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. Denúncia por crime contra o Sistema Financeiro Nacional oferecida com base exclusiva na representação

⁴⁷ACR 2005.05.00.036940-8/CE, 2ª Turma, rel. Des. Federal Manoel Erhardt, DJ 28.11.2007. “O tipo penal da gestão temerária não depende de complementação pelas normas do Banco Central, uma vez que não se trata de norma penal em branco. Como bem afirmou o Ministério Público Federal, em suas contrarrazões, o Banco Central pode apontar indicativos de uma gestão temerária ou fraudulenta, mas não afastará a análise, caso a caso, pelo Juiz do processo criminal. O juiz terá preservada a sua independência para interpretar o tipo incriminador em face das condutas imputadas aos réus, independentemente de previsão nas normas do Banco Central.” Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/Eduardo_philippsen.html> Acesso em: 16 set. 2016.

⁴⁸HC 22.769/GO, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23.06.2003; HC 44.866/GO, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 05.12.2005; HC 56.800, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 16.10.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo>. Acesso em 17 set 2016.

⁴⁹HC 87.440/GO, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJ 02.03.2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 17 set 2016.

do BANCO CENTRAL. Posterior decisão do BANCO determinando o arquivamento do processo administrativo, que motivou a representação. A instituição bancária constatou que a dívida, caracterizadora do ilícito, foi objeto de repactuação nos autos de execução judicial. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional referendou essa decisão. O Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, deveria ter promovido a adequada investigação criminal. Precisava, no mínimo, apurar a existência do nexa causal e do elemento subjetivo do tipo. E não basear-se apenas na representação do BANCO CENTRAL. Com a decisão do BANCO, ocorreu a falta de justa causa para prosseguir com a ação penal, por evidente atipicidade do fato. Não é, portanto, a independência das instâncias administrativa e penal que está em questão. HABEAS deferido. HC 81.324/SP. Relator(a): Min. NELSON JOBIN. Julgamento: 12/03/2002. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 23-08-2002 PP-00114.⁵⁰

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ARQUIVAMENTO. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO: FALTA DE JUSTA CAUSA. I. - No caso, tendo a denúncia se fundado exclusivamente em representação do Banco Central, não há como dar curso à persecução criminal que acusa o paciente de realizar atividade privativa de instituição financeira, se a decisão proferida na esfera administrativa afirma que ele não pratica tal atividade. Inocorrência, portanto, de justa causa para o prosseguimento da ação penal contra o paciente. II. - H.C. deferido. HC 83.674/SP. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 16/03/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 16-04-2004 PP-00088.⁵¹

Demonstrados os diferentes vieses das decisões é possível concluir que normas regulamentares expedidas por órgão regulador, quando apreciadas pelo Tribunais Superiores, são válidas tanto para configurar como para desconfigurar a gestão temerária. Dessa forma, o resultado do processo administrativo é determinante para o julgamento da ação penal, bem como se transforma em elemento capaz de oferecer segurança jurídica ao jurisdicionado, que fora privado desse direito pela escolha do legislador ao editar um tipo penal aberto.

1.3 Conceito de gestão temerária

Abordados os relevantes temas sobre a tipificação aberta do crime de gestão temerária prevista no parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86 e sua

⁵⁰HC 81.324/SP, 2ª Turma, rel. Min. Nelson Jobin, DJ 23.08.2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881324%2EENUME%2E+OU+81324%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z6am7ft>. Acesso em 4 nov 2016.

⁵¹HC 83.674/SP, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.04.2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883674%2EENUME%2E+OU+83674%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z7kvmqf>. Acesso em 4 nov 2016.

in(constitucionalidade), será enfrentada questão não menos árida sobre o que vem a ser gerir de forma temerária.

Consta definido no conceito denotativo das obras traduzidas como “dicionários da língua portuguesa”⁵² que temerário significa “ 1. Que se arroja aos perigos, sem pensar nas consequências que daí possam advir; imprudente. 2. Que se diz ou faz sem fundamento justo. 3. Que indica temeridade; arriscado, perigoso.

Bitencourt e Breda,⁵³ descrevem que Manoel Pedro Pimentel entende que gestão temerária é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido.

Os autores, Bitencourt e Breda⁵⁴, declaram que para configurar a gestão temerária é imprescindível a constatação de um número vultoso de atos, praticados de forma “mais ou menos sequencial”, ou seja, em “período temporal razoável”. Esses atos devem estar em desacordo com a *praxis* financeiro-bancária. Recomendam, também, que a análise seja realizada considerando o contexto mercadológico.

Paschoal Mantecca⁵⁵ conceitua gestão temerária como sendo a forma impetuosa de condução dos negócios, de forma a aumentar o risco da atividade empresarial e tendo como resultado o prejuízo a terceiros ou a má utilização do dinheiro alheio confiado à instituição financeira.

Na concepção de José Carlos Tórtima,⁵⁶ gestão temerária “deve ser entendida como a atuação potencialmente ruínosa dos gestores da instituição financeira, com a plena assunção dos riscos de tal maneira de agir (dolo eventual)”. Demonstra o autor, por meio de alguns exemplos situações que efetivamente caracterizariam a temeriedade dos atos praticados pelos agentes. Destaca, entretanto, a necessidade de a prática ser *reiterada*, assim, conclui-se que o ato isolado não configura o crime de gestão temerária, como se vê na lição do autor sobre as condutas praticadas com habitualidade possíveis de configurar o delito:

⁵²MICHAELIS: pequeno dicionário da língua portuguesa. São Paulo. Companhia Melhoramentos. Dicionário Michaelis. 1998. p.1213.

⁵³BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.63

⁵⁴Idem.

⁵⁵MANTECCA, Paschoal. *Crimes Contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo. Ed. Saraiva, 1985. p.41.

⁵⁶TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.34.

“Serviriam, em tese, como exemplo de gestão temerária, a prática *reiterada* das seguintes conduta: a realização de operações especulativas de desmedido risco, deixarem os responsáveis pela instituição financeira de alertar os investidores quanto aos riscos de suas respectivas carteiras de aplicações não conservadoras (havendo manifestada má-fé na omissão, a hipótese seria de gestão fraudulenta), a violação de normas regulamentares ou usuais para diversificação das aplicações de risco, autorização para operações de empréstimo ou financiamento sem as correspondentes garantias, oferecimento de juros notoriamente superiores aos praticados no mercado para obter recursos e cobrir posição devedora, a dispersão de recursos em despesas não operacionais, inclusive com a prática de *atos de liberalidade à custa da companhia* (art.154, parágrafo 2º, a, da Lei nº 6.404/76) etc. O STJ já decidiu pela tipificação do delito de gestão temerária nas hipóteses de concessão de crédito a empresa reconhecidamente inadimplente (RHC 5835, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 3/2/1987, p. 785).⁵⁷

Salienta o autor, por último, “que o risco, dentro de limites razoáveis, é ínsito à atividade negocial [...]” em virtude da natureza do campo de atuação das instituições financeiras. Acrescenta que as operações tendo sido realizadas com as cautelas necessárias, as intercorrências advindas fariam parte do risco permitido. Tal risco é reconhecido pela doutrina, nos delitos considerados negligentes, e tem o alcance de excluir a responsabilidade, uma vez que foram adotadas as cautelas regulares, o que afasta a culpa.⁵⁸

Luiz Regis Prado⁵⁹ atribui o conceito a Pimentel, e consigna que significa a conduta abusiva, que transcende os limites da prudência, assim, o agente avança a linha do permitido mesmo a um indivíduo audacioso. Traduz-se por um comportamento “afoito, arriscado e atrevido.” Continua o autor a sustentar que na gestão temerária o agente atua, em regra, de forma aberta, sem lançar mão de artifícios para executar as operações perdulárias ou altamente arriscadas que exponham o patrimônio da instituição financeira e de terceiros.

Não divorciado dos entendimentos anteriores, entende Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira⁶⁰ que o risco da atividade é totalmente normal e indispensável “dentro de uma gestão ativa de instituição financeira”. O próprio mercado e a natureza dos produtos comercializados demandam destreza e acuidade para tomada de decisões que podem gerar resultados de perda ou ganho legítimos. Destaca, entretanto, que, em sua maioria, o dinheiro movimentado pelas instituições financeiras não se trata de recursos próprios, e sim,

⁵⁷TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.34.

⁵⁸Idem, p.35.

⁵⁹PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 229.

⁶⁰OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. *Universitas/jus*, Brasília, n.4, p.69

de patrimônio de investidores e correntista depositado em confiança.

As percepções doutrinárias referentes às definições sobre gestão temerária convergem à medida em que apontam o caráter arriscado das atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras num ambiente dinâmico e complexo como é o Sistema Financeiro Nacional.

Argumentam Bitencourt e Breda,⁶¹ que a utilização da expressão “temerária” para definir o crime é o mais grave problema criado pelo legislador. Pois a falta de definição do termo, que é abrangente e vago, transfere ao intérprete, em observância aos limites impostos pelos princípios constitucionais democráticos, “demonstrar a inadequação da pretendida tipificação, restringindo, interpretativamente, seu alcance.” Em reforço aos argumentos apresentados, os referidos autores citam o entendimento de Guilherme Nucci ao concluir:

“Logo, necessita-se trabalhar com o conceito de temerário, buscando aplicar, sempre que possível, uma interpretação restritiva, concedendo-lhe limitado alcance, sob pena de se chegar ao absurdo de punir administradores de instituição financeira por atos tolos, que podem ser considerados de péssima gestão – fruto, possivelmente da falta de vocação para o exercício da função, mas jamais de elevado risco, adrede planejado.”⁶²

Dados da pesquisa realizada por Fornaciari, mostram a quantidade de condenações. Observa-se que mais da metade dos denunciados pelo crime de gestão temerária são condenados, assim, diante da estrutura frágil e insegura da legislação é inevitável não ser indagado se de fato os acusados praticaram atos de gestão temerária.

Ocorrência de condenações de pelo menos um réu por gestão temerária sobre o total das decisões:⁶³

Resultado	Frequência	Porcentagem
Condenação	5	56%
Outras	4	44%
Total	9	100%

“Em 56% dos casos, houve a condenação de pelo menos um réu pelo crime de gestão temerária.”⁶⁴ A maioria das decisões condenou pelo menos um dos réus.

⁶¹BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.63

⁶²Idem, p.63/64

⁶³FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p.253.

⁶⁴Idem, p.253.

Qualificação Jurídica na denúncia:⁶⁵

Qualificação	Frequência	Porcentagem
Gestão Temerária	4	44%
Gestão Temerária cc art. 70 Código Penal ⁶⁶	1	11%
Gestão Temerária e Gestão Fraudulenta	1	11%
Gestão Fraudulenta	1	11%
Gestão Fraudulenta e art. 10 Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional ⁶⁷ cc art. 70 Código Penal	1	11%
Empréstimo Vedado	1	11%
Total	9	100%

“Em 44% dos casos os réus foram denunciados apenas pelo crime de gestão temerária.” Entretanto, alerta o autor que a despeito da predominância do tipo específico do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, foi identificado que em aproximadamente um terço dos casos a peça acusatória qualificava a conduta como gestão fraudulenta, ou seja, havia descompasso entre a denúncia e a descrição dos fatos consignada na peça acusatória. Tal equívoco o autor atribui ao elevado grau de indeterminação do tipo.⁶⁸

1.4 Sujeito ativo do crime

Os efeitos decorrentes da in(definição) do tipo aberto do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86 parecem alcançar todo o contorno da norma e ato contínuo causam exaustivas discussões, inclusive acerca do sujeito ativo do crime. Quanto à sujeição passiva

⁶⁵FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 256.

⁶⁶Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei / Del2848 ompilado.htm> Acesso em: 25 ago 2016.

⁶⁷Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. BRASIL. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm> Acesso em: 25 ago 2016.

⁶⁸FORNACIARI, op cit.. p.256/257.

do crime de gestão temerária parece pacífico o entendimento que elege como principal sujeito o Estado, pelo maior interesse na estabilidade, higidez e confiabilidade do Sistema Financeiro Nacional, seguido da própria instituição financeira atingida pelos atos de má gestão e também podem ser considerados sujeitos passivos os investidores e correntistas que operam com a instituição vítima da gestão temerária.⁶⁹

O crime de gestão temerária é classificado como crime próprio, ou seja, apenas pessoas que possuem condição particular podem figurar como sujeito ativo. Essa condição exigida refere-se a funções determinadas dentro da instituição. Para Tortima⁷⁰ tal crime é passível de ser cometido pelo administrador ou controlador da instituição financeira. O autor admite a participação de terceiros estranhos à instituição, os quais podem se envolver por meio de “auxílio, instigação ou cumplicidade.”

Sobre o tema, as lições de Bitencourt e Breda prescrevem que como sujeitos ativos do crime, a prática está atribuída a controladores e administradores das instituições financeiras, sendo considerados como tais os diretores e gerentes.⁷¹ Atribuir o crime a um simples gerente de agência beira a autêntica responsabilidade penal objetiva. Pois o setor gerencial intervém minimamente por não possuir poder de decisão no âmbito estratégico ou relativo às operações financeiras, cabendo-lhe apenas, em regra, operacionalizar/materializar os negócios creditícios.⁷²

Assim, para imputação de responsabilidade ao gerente, deverá restar provado que sua participação foi autônoma e determinante para a operação ilícita. Recomendam os autores, a análise apurada antes de imputar ao gerente a conduta de gestão temerária, por este não possuir poder decisório, assim, faltaria pressuposto para a prática do crime. Comprovado que o gerente detém poder decisório e apurada sua participação direta na realização de condutas que caracterizam o crime, será lícita a imputação da responsabilidade. Para ser legítima a responsabilização do gerente, assinalam os autores que:

“A imputação da prática de gestão temerária de instituição financeira a um simples gerente exige redobrado cuidado na investigação e na comprovação da extensão, da importância, da liberdade de ação e do poder decisório que determinado gerente de uma agência, casa ou unidade de uma instituição

⁶⁹TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.41.

⁷⁰Idem.

⁷¹BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.51.

⁷²Idem, p.53.

financeira detém.”⁷³

“Quando, no entanto, se puder demonstrar que o gerente realmente detém poder decisório, independentemente das diretrizes determinadas pelo controle central da instituição financeira, e o fizer contrariando a boa *praxis* bancária, ou o uso corriqueiro dessas instituições, e, principalmente, desobedecendo orientação superior, autodeterminando-se, nessas hipóteses, criteriosamente examinadas, poder-se-à imputar-lhe a prática de *gestão temerária*, atribuindo-se-lhe a responsabilidade por gerir inadequadamente, pelo menos parte, de instituição financeira, desde que calcada em sérias e robustas provas.”⁷⁴

Portanto, a possibilidade de gerente de agências bancárias figurar como sujeito ativo das práticas delituosas de gestão fraudulenta e temerária, deve ser cuidadosamente investigada, pois este, geralmente, não possui poder de decisão, apenas executa ações definidas no âmbito estratégico.

Em um caso concreto, como se verifica na leitura abaixo de trecho do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso sobre o tema, admitiu-se como sujeito ativo do crime um empregado sem poder de gestão ou decisão, emissor de parecer favorável, para aquisição de debêntures, o qual foi aprovado pelo Comitê de Investimentos da Instituição, e a operação expôs investidores a alto risco de prejuízo.

“Gestão temerária - elaboração de parecer opinativo - participação no crime - ocorrência. "Recurso em *habeas corpus*. Gestão temerária. Elaboração de parecer opinativo. Participação no crime. Necessidade de descrição, na denúncia, do vínculo subjetivo. Ocorrência.

1. O crime de gestão temerária, previsto no parágrafo único do art. 4º na Lei nº 7.492/1986, é crime próprio e que exige, para sua configuração, especial condição do agente.

2. Nessa linha, para que se possa ser o sujeito ativo do crime em questão é fundamental que o agente tenha poderes de gestão na empresa, ou seja, deve possuir poderes especiais ligados à administração, controle ou direção da empresa, *ex vi* do art. 25, da referida lei.

3. É possível, todavia, a participação de terceiras pessoas não integrantes do rol taxativo previsto em lei na prática do delito, desde que se demonstre o nexo de causalidade entre a conduta da terceira pessoa e a realização do fato típico. Esse nexo exige a presença do elemento subjetivo, consubstanciado na consciência de que sua conduta, mediante ajuste de vontades, voltada para a ocorrência do resultado que a lei visa reprimir.

4. No caso, a exordial aponta vínculo subjetivo do recorrente que o liga ao evento delituoso, na medida em que descreve a aceitação pelo recorrente do notório risco lesivo. Destaca-se da denúncia, nesse particular, que a

⁷³BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDI, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.51.

⁷⁴Idem, p. 53.

confeção de parecer favorável às operações de aquisição de ações se deu em contexto totalmente desfavorável a esse tipo de operação e voltado ao interesse exclusivo do banco estruturador da operação.

Assim, verifica-se que houve a descrição do necessário e indispensável elemento subjetivo que faz o elo de ligação entre a conduta do paciente e o fato delituoso em si. 5. Recurso a que se nega provimento." (STJ - RHC 18.667/SC - (2005.0192933-0) - 6ª T. - Rel. Min. Og Fernandes - DJe 19.10.2012)".⁷⁵

Do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível deduzir que poderá ser agente do crime de gestão temerária não só o gerente como qualquer outra pessoa, desde que tenha concorrido para o evento delituoso e seja comprovado o nexo de causalidade, mesmo que desprovido de poderes de gestão/decisão.

O legislador criou um “monstro ameaçador”, conforme advertência de Manoel Pedro Pimentel⁷⁶, contra qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação e inibindo sua iniciativa, “sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório.”

Dados da pesquisa realizada por Fornaciari demonstram que a maioria dos denunciados ocupavam função de Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira.

Relativo a autoria:⁷⁷

Réu	Frequência	Porcentagem
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira	7	78%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira de uns e de sócios-administradores de empresas não financeiras de outros	1	11%
Administrador, diretor ou gerente de instituição financeira de uns e de funcionários de instituição financeira de outros	1	11%
Total	9	100%

Em 78% figuravam isoladamente como autores do crime de gestão temerária,

⁷⁵GESTÃO temerária: elaboração de parecer opinativo - participação no crime - ocorrência "Recurso em habeas corpus. Gestão temerária. Elaboração de parecer opinativo. Participação no crime. Necessidade de descrição, na denúncia, do vínculo subjetivo. RDP, n. 78, fev./mar. 2013.

⁷⁶PIMENTEL, Manoel Pedro, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 52.

⁷⁷FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p.259.

administrador, diretor ou gerente de instituição financeira. No percentual remanescente, 11% foram réus na condição de administrador, diretor ou gerente conjuntamente com sócios e administradores de empresa não financeira e os demais 11% figuravam administrador, diretor ou gerente em concurso de pessoas juntamente com outros funcionários da instituição financeira.⁷⁸

1.5 Cominação da pena

A sanção cominada para o crime de gestão temerária é de dois a oito anos, inclusive com a possibilidade de pena pecuniária na modalidade de multa, tempo que os autores Bitencourt e Breda⁷⁹ consideram excessivo e um absurdo por faltar proporcionalidade. São válidas as preocupações dos autores, pois a falta de definição do tipo, pode ensejar condenações injustas e danos irreparáveis, uma vez que se trata de pena de reclusão.

Em relação a sanção penal, acrescenta Tórtima⁸⁰ que para o crime de gestão temerária, além da pena privativa de liberdade, também está prevista a aplicação de multa. Conforme já mencionado, os bens tutelados integram o patrimônio não só individual, mas a economia de um país. Contudo, de outro lado há a liberdade, que deve ser protegida em um Estado democrático de direito, por meio da existência de leis que ofereçam segurança.

Luiz Regis Prado⁸¹ entende que não há fundamento para a diferença que o legislador fez ao estabelecer o quantum das penas dos delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária. Para o autor, inexistente razão para o procedimento adotado. Do entendimento de Prado, comunga Fornaciari ao afirmar que “o legislador deliberadamente decidiu por tratamento mais severo à criminalidade econômica”.⁸²

Rogério Greco leciona que deve haver limite à criação dos tipos de perigo abstrato, decorrentes do princípio da proporcionalidade, com o objetivo de parametrizar com razoabilidade a fixação das sanções penais e encontrar o equilíbrio entre a gravidade da

⁷⁸FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária*: Um estudo jurisprudencial. São Paulo. Saraiva, 2013. p.259.

⁷⁹BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.75.

⁸⁰TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.42.

⁸¹PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 232.

⁸²FORNACIARI, op cit.. p.74.

conduta e aplicação da pena.

“O Princípio da Proporcionalidade, como limite dogmático à criação dos tipos de perigo abstrato, tem como função estabelecer o parâmetro da razoabilidade na fixação das sanções de natureza penal, de modo que esta seja compatível com a gravidade da conduta praticada pelo agente.”⁸³

Podem-se destacar dois momentos de aferição obrigatória da proporcionalidade das penas. Inicialmente, o primeiro raciocínio seria levado a efeito considerando as penas cominadas em abstrato. Como princípio implícito, o princípio da proporcionalidade é extraído do princípio da individualização das penas. Quando o legislador cria o tipo penal incriminador, proibindo ou impondo determinado comportamento sob ameaça de uma sanção de natureza penal, esta sanção deverá ser proporcional à gravidade do mal praticado pelo agente com a prática da ação penal.

1.6. Aspectos relacionados à culpabilidade e habitualidade

O tipo penal aberto do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei de regência dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não favorece, de forma alguma, a identificação clara acerca de o crime de gestão temerária ser culposo ou doloso. Explicam Bitencourt e Breda⁸⁴ que o termo temeriedade remete a culpa. Gerir de forma temerária é ultrapassar os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido.

O inciso II, do artigo 18 do Código Penal define que o crime é culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”, e em seguida o parágrafo único, do mesmo artigo, dispõe, *in verbis*: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente.”

Impende destacar que a imprevidência do legislador tipificou “crime doloso com elementar normativa “temerária”, que representa a essência do crime culposo”⁸⁵, considerando que o termo temerário, além de significar arriscado e perigoso ainda traduz o sentido de imprudência, que conforme mencionado acima, é descrito pelo Código Penal como

⁸³GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Niterói, RJ. Impetus, 2005. p.111.

⁸⁴BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.59-63.

⁸⁵Idem, p. 59/60.

atributo do crime culposos.

Tantas são as imperfeições e consequências apresentadas pela norma, desde a criação, que os autores entendem beirar a teratologia, diante do imbróglio da (in)definição dos aspectos de dolosidade e culpabilidade, como se fossem idênticos o sentido, a gravidade e a reprovação penal.⁸⁶ Para ilustrar suas percepções e provar a dificuldade em definir a natureza dolosa ou culposa do crime de gestão temerária, os doutrinadores mencionam as afirmações de Rodrigues da Silva sobre o assunto:

“Rodrigues da Silva nos faz a seguinte afirmação: Para o crime de gestão temerária, a apreensão intelectual ressalta a ideia de que o tipo se contenta com as condutas negligentes, imprudentes e imperitas do agente, habitualmente demonstráveis por seu jeito de gerenciar, administrar ou reger. Na realidade, o grande elemento subjetivo informador da gestão temerária, diferentemente da gestão fraudulenta, é a culpa consciente e o dolo eventual.”⁸⁷

Em relação a essa afirmação, Bitencourt e Breda esclarecem que o autor esqueceu-se do princípio da excepcionalidade do crime culposos e asseguram não ter sido prevista a modalidade culposa da infração do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86. De tal entendimento não há divergência no campo doutrinário-jurisprudencial.⁸⁸

E, por falta de previsão do que seja gestão temerária nos termos da Lei, aquele que porventura seja condenado estará sendo por crime literalmente “culposos”, no sentido do significado da palavra temeriedade, mas sem previsão legal, como exige o art. 18 do CP. Assim, a culpa assume um viés “doloso”, já que este é o requisito para configurar o crime de gestão temerária. Diante de tais incongruências argumentam os autores:

“A imprevidência do legislador brasileiro na tarefa de tipificar o crime de *gestão temerária*, obriga comentadores e doutrinadores a fazerem malabarismos hermenêuticos na tentativa de conceituarem ou definirem referida infração penal, dizendo mais quando querem menos, ou querendo mais quando dizem menos, mas pretendendo sempre – ainda que por vezes não consigam – precisar os limites entre crime doloso e crime culposos. “Mas a *culpa*, certamente, não é dos que se esforçam nessa árdua tarefa, mas do legislador que tipifica crime doloso com elementar normativa – temerária – que representa a essência do crime culposos, na medida em que temerário, além de arriscado e perigoso, também significa imprudente, que, segundo nosso código penal, é uma das modalidades de culpa estrito senso.”⁸⁹

⁸⁶BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.60.

⁸⁷Idem.

⁸⁸Ibidem.

⁸⁹Ibidem, p.59.

Se não há previsão legal da modalidade culposa para o crime de gestão temerária, implica que a conduta, sem dúvida dogmática, é dolosa, em que pese o termo temeriedade caracterizar culpa, por significar imprudência. Portanto, a cominação da pena de reclusão fica ainda mais deslocada diante deste contexto, asseveram Bitencourt e Breda:

“Não há previsão da modalidade culposa do crime de gestão temerária, ficando clara essa assertiva não apenas pela falta de previsão legal, mas também pela própria pena cominada, *reclusão*, tanto para gestão fraudulenta como para a gestão temerária.⁹⁰

Nesse mesmo sentido, Áureo Natal de Paula defende que o elemento subjetivo do crime de gestão temerária é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente do agente gerir instituição financeira, tendo conhecimento de que faz desse modo. Adverte não ser possível a forma culposa por falta de previsão legal.⁹¹

Mais uma vez, observa-se a confusão gerada pela indefinição do tipo penal, pois considerando que o autor entende ser necessário que o agente tenha conhecimento de que sua gestão é temerária, deve haver parâmetro para tanto. Todavia, não existe no parágrafo único, do art. 4º, da Lei 7.492/86 qualquer rol, seja taxativo ou exemplificativo, capaz de balizar se a conduta praticada é delituosa. Essa lacuna é criticada por Bitencourt e Breda, ao consignarem que a Lei atual não exhibe elementos objetivos capazes de delimitarem de forma concreta o alcance do tipo, em atendimento ao princípio da taxatividade. A consequência dessa falta de delimitação gera prejuízos inenarráveis na prestação jurisdicional, pois se verifica, no cotidiano forense, que as decisões dos magistrados tem transformado triviais ilícitos civis e administrativos em crimes, com penas cominadas em abstrato capazes de cercear a liberdade, transgredindo o princípio da reserva legal,⁹² e, conseqüentemente, desprezando as garantias individuais asseguradas no Estado Democrático de Direito.

Aduz o autor Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira⁹³ que “muito se discute acerca da natureza da responsabilidade penal adotada na Lei dos Crimes do Colarinho Branco.” Tal discussão ocorre na tentativa de pacificar o entendimento acerca da subjetividade ou objetividade, ou seja, “se dependente de apuração de dolo ou culpa, ou se

⁹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.67/68.

⁹¹PAULA, Áureo Natal de. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 100/101.

⁹²BITENCOURT; BREDA, op cit.. p. 60.

⁹³OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. *Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira*. Universitas/jus, Brasília, n.4, p.65.

satisfeita com a apuração do simples nexo de causalidade.” Afirma que é consenso que o legislador penal privilegiou a teoria finalista sobre a conduta, como de praxe, assim, em relação aos crimes previstos no art. 4º da Lei 7.492/86 exigiu que a intenção do agente seja verificada, observando-se de estão presentes o dolo direto ou eventual, para fins de imputação de responsabilidade. Sem olvidar que o Direito Penal brasileiro abriga o princípio da expressa previsão legal para a modalidade culposa.

Quanto ao tipo subjetivo da gestão temerária, nas lições de Tórtima é declarada a necessidade de haver o dolo como elemento motivador da conduta do agente para que se configure o crime. Esclarece que se trata de dolo eventual, o que consiste em o agente assumir o risco do resultado danoso ou perigoso.

Afirma Tórtima⁹⁴ que esse é o melhor entendimento doutrinário sobre o assunto, como corrobora o ensinamento proferido por Miguel Reale Júnior, segundo o qual é significativo identificar que o agente demonstrou intenção de expor a risco iminente a higidez econômico-financeira da instituição. O agente do delito deve ter manifestado a dolosidade e desejado o “alto risco” fora dos padrões regulares de riscos naturais inerentes às atividades do sistema financeiro.

A fim de confirmar os aspectos doutrinários abordados acima, o autor cita o entendimento jurisprudencial dominante da 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

A gestão temerária (crime contra o sistema financeiro nacional) pressupõe dolo eventual. O agente tem previsão do resultado, todavia, sem o desejar, a ele é indiferente, arrostando sem a cautela devida, a ocorrência do evento (RHC n. 6.368- SP, DJU 22/9/1997, in Alfredo de Oliveira Garcindo Filho), Jurisprudência Criminal do STF e do STJ, 1998, Edição do Autor, p. 130).⁹⁵

O autor permanece ratificando o assunto, dessa vez por meio de decisão da 5ª Turma, também do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro Félix Fischer:

I. Se os fatos narrados na denúncia descrevem negligência, imprudência e imperícia, e o tipo penal da gestão temerária refere-se a crime comissivo doloso, não prevendo a forma culposa, inexistente crime *a priori*, sendo inepta a exordial acusatória.

II. A expressão temerária significa que a gestão criminalmente relevante deve implicar necessariamente num liame subjetivo entre a conduta do

⁹⁴TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.40.

⁹⁵Idem.

paciente e o resultado danoso – o que não restou demonstrado *in casu*.

III. Recurso provido para determinar-se o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. (STJ, RHC 7982/RJ, DJ 29/11/1999, p. 176).⁹⁶

O mesmo entendimento, de classificar o crime como doloso, é fortalecido pelo trecho abaixo recortado do voto do Ministro Jorge Mussi na Ação Penal 2003/0229654-3:

“É que, como sabido por todos, o crime de gestão temerária de instituição financeira é delito doloso, que exige o elemento volitivo para sua configuração. Em outras palavras, necessária a flagrante demonstração de desrespeito às normas para concessão de crédito, que não poderiam ser ignoradas pelo gestor da casa bancária, o qual teria procedido sem a observância de garantias e formalidades mínimas exigíveis.”

Dessas decisões, é inequívoco o entendimento de que o agente do delito deve agir com dolo e sua conduta marcada pela intencionalidade manifesta de expor a instituição a grave risco econômico-financeiro. Diante do entendimento proferido em análise ao caso concreto é notório que a expressão temerária, se interpretada em sentido literal como mera imprudência, por remeter a culpa, está em desacordo com a essência dolosa do crime. E, ainda, totalmente divorciada do mandamento expresso do artigo 18, parágrafo único do Código Penal⁹⁷, que diz ser o crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” ou culposo, “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Complementa o parágrafo único do mesmo artigo: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Mesmo diante dos robustos argumentos apresentados pela doutrina, de ser perpetrada a conduta dolosa do agente para que esteja configurado o crime de gestão temerária, na prática, observa-se que já houve decisão que afastou a hipótese de gestão temerária sob a tese de a operação ter gerado lucro. Razão que considerou a conduta regular. Caso tivesse apresentado prejuízo, teria ocorrido gestão temerária, ou seja, não parece ter sido considerado se houve dolosidade ou não na conduta. É notória a fragilidade, confirmada por meio da leitura do julgado transcrito a seguir:

“3. Na interpretação do elemento normativo, tem-se por temerária a gestão abusiva, inescrupulosa, imprudente, arriscada além do aceitável nas atividades peculiares, que ponha em risco os bens protegidos pela norma –

⁹⁶TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.41.

⁹⁷BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848_ompilado.htm> Acesso em: 25 ago 2016. Acesso em: 14 ago. 2016.

a saúde financeira da instituição, o patrimônio dos investidores, a confiança do mercado e dos negócios e a harmonia do sistema financeiro como um todo.

4. Não pode ser tida por temerária a gestão que, por diversos anos e em milhares de operações, obteve lucros e crescimento para a instituição e para os investidores, havendo-se com prejuízo apenas em insignificante número de operações, que redundaram em prejuízo mínimo, num curto espaço de tempo, suportado pela própria instituição.” Acórdão do HC 96.03.077760-9, 2ª T., TRF/3ª, Juíza Sylvia Steiner, DJU 21.5.1997.

Pelo julgado acima, nota-se que a imprecisão do parágrafo único, do art. 4º, da Lei 7.492/86 produz verdadeiras aberrações. Caso o legislador tivesse indicado no texto normativo o rol de condutas possíveis de configurar gestão temerária, decisões como a transcrita acima, eivadas de subjetividade, poderiam ser evitadas. Sobre esse tema, Eduardo Gomes Philippsen, cita o comentário do autor Ali Mazloun:

“A experiência tem mostrado que absolutamente ‘todos’ os casos de alegada gestão temerária que culminam em processos criminais são apurados a partir de um determinado resultado negativo, olvidando-se a autarquia fiscalizadora (o Banco Central do Brasil) da atividade financeira de investigar eventuais operações que, embora na origem se apresentassem igualmente temerárias, foram regularmente liquidadas, sem prejuízo econômico para quem quer que seja. Daí exsurge a estranha conclusão: se a operação deu lucro, o operador é arrojado e bem sucedido; se deu prejuízo, é um gestor temerário, distinção que parece inexistente no dispositivo em comento.”⁹⁸

Traçado um paralelo entre a decisão proferida “não pode ser tida por temerária a gestão que, por diversos anos e em milhares de operações, obteve lucros e crescimento para a instituição e para os investidores” e o comentário de Mazloun acima, observa-se a estranheza que a decisão causa. Condicionar a configuração do crime de gestão temerária ao resultado danoso, ou seja, a ocorrência de prejuízo, além de tornar a decisão claramente injusta, pois dois agentes que tiverem adotados procedimentos idênticos, sendo a diferença apenas que a operação efetuada por um alcançou êxito e a outra gerou prejuízo, o que poderá ter decorrido de cenários econômicos distintos, situação que extrapola o poder de controle do gestor, afronta o dispositivo legal (parágrafo único do art. 4º da Lei 7.492/86), uma vez que inexistente previsão nesse sentido e o crime não exige qualquer resultado por ser considerado de perigo abstrato.

⁹⁸PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. Gestão temerária – a conduta do administrador de instituição financeira em face das normas regulamentares. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/eduardo_philippsen.html> Acesso em: 16 set. 2016.

Abaixo está transcrito o artigo do anteprojeto de reforma do Código Penal, parte especial, presidida pelo Min. Evandro Lins e Silva, que determinava condutas típicas, pois apresentava rol taxativo dos tipos de operações que levariam a uma situação perigosa para a instituição financeira e definia que o crime de gestão temerária é de perigo concreto. No entanto, não foi aprovado.

“art. 404. Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão temerária:

I – realizar operação, ativa ou passiva, arriscada, de pura especulação ou de mero favor de que resulte perda elevada;

II – aprovar políticas ou operações, ativas ou passivas, que violem normas legais ou regulamentares sobre diversificação de riscos, limites operacionais e de imobilização;

III – contratar operações de crédito sem exigir as garantias prescritas em lei ou regulamento;

IV – realizar despesas gerais ou imobilizações excessivas em relação à escala e as aos resultados operacionais de entidade financeira;

V – pagar juros notoriamente superiores aos legais ou empregar qualquer outro meio ruinoso, para obter recursos e retardar a decretação de liquidação forçada.”⁹⁹

A redação prevista no texto acima supera a vaguidade da norma ora vigente, pelo tipo excessivamente aberto com o qual foi construído o parágrafo único, do art. 4º, da Lei 7.492/86. Tal construção onera os julgadores e resulta em produções judiciais equivocadas.

No que tange ao aspecto da habitualidade, o delito é considerado habitual quando é necessária a reiteração de ações previstas como condutas típicas para configuração do crime. Tantas já foram as discussões em torno das fragilidades do parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86, que dispõe sobre a gestão temerária, que continuarão os debates, dessa vez, diante de o crime estar configurado pela prática de um ato isolado ou necessária a sequência de ações, ou seja, habitualidade.

Pela lógica decorrente do sentido do termo “gestão”, que expressa continuidade, a exigência da sucessão de atos para configuração do crime parece adequada e razoável. Entretanto, como será demonstrado doravante, surge mais uma celeuma em volta do frágil parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86 diante das controvérsias doutrinárias e divergências nas decisões dos Tribunais quanto ao quesito habitualidade.

⁹⁹BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.57-58.

Bitencourt e Breda ¹⁰⁰ explicam que “gerir significa o exercício continuado de uma atividade gerencial, que pressupõe o caráter de habitualidade que não pode circunscrever-se em um ou outro ato praticado isolada ou esporadicamente.” Assim, a configuração do crime de gestão temerária está condicionada a prática “de um número substancial de atos arriscadamente temerários”¹⁰¹ em um lapso temporal razoável e, ainda, em desconformidade com a prática mercadológica. Portanto, os autores entendem ser imprescindível a reiteração de atos para configuração do delito, sendo que:

“O crime de gestão temerária de instituição financeira é, indiscutivelmente, crime habitual (impróprio), razão pela qual, repetindo, a prática de apenas um ou outro ato de gestão, isolada ou esporadicamente, não é jurídico-penalmente relevante a ponto de tipificar a conduta descrita no parágrafo único do art. 4º da Lei 7.492/86.”¹⁰²

Para os autores “[...] é necessário agir assumindo riscos não recomendáveis pela *praxis financeiro-bancária*, para que se possa valorar essa orientação comportamental como gestão temerária, capaz de corresponder à proibição penal contida no parágrafo único do artigo 4º, da Lei 7.492/86.” E, ainda, tais riscos devem ter sido praticados sequencialmente, pois é inconcebível admitir que uma conduta isolada configure gestão temerária.¹⁰³

Recomendam os doutrinadores que a aferição da gestão do administrador deve ser realizada com extremo rigor e critério a fim de verificar se os atos foram praticados dentro de um período razoável de tempo e o exame deve contemplar um contexto mercadológico.¹⁰⁴ Apontam os autores, o magistério de Manoel Pedro Pimentel e José Carlos Tórtima que compartilham do mesmo entendimento de ser impossível considerar uma única conduta humana como gestão temerária :

“Nesse sentido era o magistério de Manoel Pedro Pimentel que pontificava: a execução da conduta, que poderá inclusive ser conduta omissiva relevante, é um complexo de atos, tornando difícil a decomposição de um *iter criminis* em que fique claro o momento em que se iniciou a execução e, mais, que motivos independentes da vontade do agente impediram a consumação. Em termos semelhantes, José Carlos Tórtima afirma que a caracterização dos crimes em análise, está a exigir a reiteração, pelo agente, dos atos fraudulentos ou temerários.”¹⁰⁵

¹⁰⁰BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDÁ, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p.63.

¹⁰¹Idem.

¹⁰²Ibidem, p.64.

¹⁰³Ibidem, p.63-64.

¹⁰⁴Ibidem, p. 63.

¹⁰⁵Ibidem, p.64.

Além da necessária habitualidade, na visão de Bitencourt e Breda é inadmissível a fragmentação e individualização de cada operação de crédito, formalizada pela instituição financeira, como também a própria administração deve ser avaliada como um todo para fins de análise para identificar a prática de gestão temerária. Determinam os autores que os atos de gestão não podem ser avaliados de maneira pontual, mas de forma global e sequencial, delimitados o início, meio e fim, para ser observada a ocorrência de “temeriedade da gestão” dentro do conjunto. São categóricos ao afirmarem que “consuma-se o crime de gestão temerária com a prática reiterada de operações ou atividades ousadas, arriscadas, que coloquem em risco a instituição financeira.”¹⁰⁶

Em sua própria obra, Tórtima elucida que a tentativa não é admissível, no crime de gestão temerária, e justifica a afirmação pela natureza habitual revelada pelo ilícito. Entende serem delitos de natureza formal e explica da seguinte forma:

“Sendo delitos de natureza formal, a gestão fraudulenta e a temerária consomem-se independentemente de qualquer resultado externo à atividade do agente. Basta que este pratique a conduta de acordo com sua configuração típica e o delito estará consumado. Quanto à tentativa, não é de se admitir, tendo em vista a natureza habitual do delito.”¹⁰⁷

Tórtima menciona que João Mestieri corrobora de seu entendimento ao ensinar que “nos crimes habituais também é impossível reconhecer-se a figura da tentativa. E que o delito habitual, para ganhar existência típica, exige a seguida repetição da ação descrita no tipo penal. É como se habitualidade fora mais um elemento típico do delito.”¹⁰⁸

Em que pesem as decisões dos Tribunais exibirem entendimentos díspares no tocante à presença da habitualidade para representar ou não o crime de gestão temerária, necessário se faz mencionar que o assunto parece tão óbvio para alguns doutrinadores, a exemplo de Paula¹⁰⁹, que apenas assinalam, sem a preocupação de apresentar mais esclarecimentos sobre o tema.

Fornaciari,¹¹⁰ cita Tórtima e Bitencourt como defensores da necessidade da prática

¹⁰⁶BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010. p. 65-74.

¹⁰⁷TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002. p.37.

¹⁰⁸Idem.

¹⁰⁹PAULA, Áureo Natal de. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 103.

¹¹⁰FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 293.

de uma cadeia de atos para configuração do crime de gestão temerária. Os argumentos já foram conhecidos anteriormente. No pólo oposto, ou seja, contrário a exigência da habitualidade, Fornaciari¹¹¹ destaca o pensamento dos autores Luciano Feldens e Thiago Zucchetti Carrion sobre o tema:

Nesse particular, em que pesem respeitáveis posicionamentos em sentido contrário (vg. Tórtima, Breda e Baltazar Júnior e Mazloum), pensamos estar melhor colocada a a questão nos termos em que defendidos por Tigre Maia, quando aponta que esses delitos seriam acidentalmente habituais, a permitirem que um ato isolado possa, em tese, configurar a infração, sem que sua recorrência implique uma pluralidade de delitos.”¹¹²

Estabelecidas as polarizações sobre a exigência de habitualidade para configuração do crime, Fornaciari adentra o campo da experiência e faz uma análise que revela com nitidez a divisão encontrada no Tribunal pesquisado – TRF da 3ª Região. Para tanto, o autor faz as seguintes considerações:

“Verifica-se uma divisão das posições explícitas do Tribunal quanto à exigência de habitualidade para o delito de gestão temerária. Essa oposição encontra-se refletida entre os doutrinadores(...).

“(...) percebe-se que a conduta típica comum da gestão temerária é a que envolve a prática de uma pluralidade de atos, consistente na realização de operações sem a observância de cautelas, e que causam prejuízo à instituição financeira. Operações de acordo com o risco do negócio ou realizadas por funcionários da instituição foram consideradas atípicas.(...) Verifica-se que, no conjunto das decisões obtidas, as manifestações explícitas favoráveis e contrárias ao requisito da habitualidade no crime de gestão temerária se igualaram em termos quantitativos e que, na maioria dos casos, a questão não foi mencionada.”¹¹³

Essa paridade mencionada pelo autor sobre a quantidade de decisões favoráveis e contrárias ao requisito da habitualidade será repetida no resultado das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores registradas no segundo capítulo. No quadro a seguir é possível enxergar a estatística extraída da pesquisa realizada pelo autor no âmbito do Tribunal Federal da 3ª Região.¹¹⁴

Dados da pesquisa realizada pelo autor Fornaciari sobre a exigência ou não de estar presente o requisito da habitualidade para configuração do crime de gestão temerária.

¹¹¹FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 292.

¹¹²FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 2010 – RBCCRIM 86. Volume 18, número 86, p. 190, set/out 2010.

¹¹³FORNACIARI, op cit.. p. 289-292/293.

¹¹⁴Idem.

Exigência de Habitualidade:¹¹⁵

Exigência	Frequência	Porcentagem
Sim	2	22%
Não	2	22%
Pluralidade de atos	5	56%
Único ato	0	0%
Total	9	100%

“Em 22% dos casos, o Tribunal considera que a habitualidade é requisito para a configuração do crime de gestão temerária.” Em percentual igual, o mesmo Tribunal afirma não ser necessário o requisito da habitualidade para viabilizar a configuração do crime. Em 56%, ou seja, percentual que supera o dobro do total dos casos em que houve apreciação do requisito, não há qualquer menção. Segundo o autor “Verifica-se uma divisão entre as posições explícitas acerca do requisito da habitualidade para configuração do crime de gestão temerária, sendo que, na maior parte dos casos, havia pluralidade de atos.”¹¹⁶

¹¹⁵FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 289.

¹¹⁶Idem, p. 289/290.

2. DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A HABITUALIDADE

Em que pese o saber jurídico e conhecimento intelectual dos ministros que compõem as duas cortes, nota-se a dificuldade de entendimento uniforme com relação ao Direito Penal Econômico, assunto de extrema e relevante complexidade. Não há previsão legal sobre a necessidade de o crime de gestão temerária se aperfeiçoar pelo resultado danoso, basta apenas expor a instituição financeira a risco, é “considerado” crime formal, independe de resultado naturalístico para consumação. Porém, nenhum limite ou parâmetro é definido pelo tipo penal elaborado pelo legislador. No que tange à habitualidade, houve também omissão da norma, o que gera entendimentos divergentes nas decisões como se verifica por meio de dados auferidos na pesquisa realizada no sítio do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, demonstrados oportunamente a seguir.

No desenvolvimento deste trabalho buscou-se identificar elementos com a finalidade de auxiliar na delimitação do crime previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, desde a análise do significado dos termos “gestão” e “temerária”, até a interpretação jurídica possível doutrinariamente e concretamente aplicada pelos Tribunais Superiores. Entretanto, o resultado obtido revela o descompasso entre a ordem constitucional e o tipo penal excessivamente aberto escolhido pelo legislador ao elaborar a Lei 7.492/86, e em especial, o parágrafo único do art. 4º, da referida Lei.

A falta de vinculação de condutas dos administradores de instituições financeiras às regras estabelecidas pelos órgãos reguladores integrantes do Sistema Financeiro Nacional, Conselho Monetário Nacional, Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil, transfere ao julgador definir o que é o crime de gestão temerária, previsto no parágrafo único do art. 4º, da Lei nº 7.492/86, cada vez que prefere um julgamento. Essa margem de liberdade, diante de matéria eminentemente técnica e complexa como é o Sistema Financeiro Nacional, produz decisões estranhas uma das outras e isso provoca um distanciamento do relevante princípio da segurança jurídica.

Mesmo os julgadores se socorrendo da doutrina e precedentes, as decisões apresentam resultados não uniformes do que de fato é gerir de forma temerária uma instituição financeira. O efeito pernicioso da omissão da norma pode ser indiscutivelmente verificado, por meio dessas decisões desencontradas. Alguns aspectos podem ser destacados da análise de tais decisões e outros, decorrentes das incertezas, refletidos : (i) possibilidade de

constatar que a jurisprudência pátria não aceita a tese da inconstitucionalidade da norma, o que fere frontalmente os princípios da tipicidade e taxatividade previstos na Constituição Brasileira, art. 5º, XXXIX¹¹⁷ – “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, nesse sentido, ensina Júlio Fabbrini Mirabete¹¹⁸: “Vigora com o princípio da legalidade formal o princípio da taxatividade, que obriga a que sejam precisas as leis penais, de modo que não parem dúvidas quanto a sua aplicação ao caso concreto.” A indefinição e a descrição penal vaga impedem o alcance exato do preceito da Lei; (ii) a confusão em definir se o divórcio de um ato do padrão conservador de cautela por si só configura conduta criminosa, (iii) a ocorrência do dano efetivo ser ou não determinante; (iv) a operação que tenha gerado lucro, será apenas classificada como arrojada e em caso de prejuízo, o operador será responsabilizado, penalmente, por gestão temerária? Essa distinção parece não ter sido mencionada pelo legislador na Lei de regência dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; (v) a necessidade de habitualidade ou não para que esteja configurado o crime de gestão temerária. Este último é o aspecto de relevo investigado na análise.

2.1. Superior Tribunal de Justiça

A pesquisa foi realizada por meio de acesso ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, orientada pelo caminho Início>Jurisprudência >Pesquisa>Jurisprudência do STJ. No campo “Pesquisa livre” foram inseridas as palavras “gestão temerária” e no campo “Ementa/Indexação” o termo “habitualidade”. Os dados inseridos apresentaram como resposta o quantitativo de cinco acórdãos e vinte e duas decisões monocráticas, que foram analisadas à luz da necessidade ou não de habitualidade para configuração do crime de gestão temerária.

Das vinte e duas decisões monocráticas exibidas, apenas dezesseis se referiam a gestão temerária no âmbito das instituições financeiras. Desse quantitativo, quatro decisões não adentraram no mérito da habitualidade, três declararam a prescrição da pretensão punitiva do Estado, e em uma ocorreu absolvição por atipicidade da conduta. Dessa forma, apenas houve manifestação quanto a necessidade ou não de habitualidade em oito decisões

¹¹⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 11 set 2016.

¹¹⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 98.

monocráticas. Assim, do total das decisões analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça verifica-se o seguinte resultado:

Tipo de decisão	Quantidade	Necessidade de habitualidade	Desnecessidade de habitualidade
Acórdão ¹¹⁹	5	2	3
Decisão monocrática ¹²⁰	8	5	3
Total	13	7	6

Não obstante o rol de efeitos contraproducentes já mencionados que decorrem da amplitude do parágrafo único, da Lei 7.492/86, a pesquisa realizada ainda revela que não é raridade a ocorrência de *emendatio libelli*.¹²¹ Em que pese não ser o objeto da pesquisa, tal fato merece esse breve comentário, apenas como forma de ratificar mais um efeito desfavorável do tipo aberto criado pelo legislador. O vício aparece logo na inicial, ou seja, ocorre a denúncia por gestão temerária e o magistrado a desclassifica e reclassifica posteriormente como gestão fraudulenta, usando do excessivo poder que o legislador lhe transferiu ao impor-lhe o ônus de desvendar o que é gerir de forma temerária e quais condutas são típicas. Essa mesma situação foi observada pelo autor Fornaciari ao examinar os dados extraídos da pesquisa realizada no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, como descrito anteriormente neste trabalho no item 1.3 Conceito de gestão temerária, comentário sobre o quadro que apresenta o título “Qualificação Jurídica na denúncia”. Dessa forma, trata-se de problema recorrente.

De volta aos números revelados pela pesquisa realizada no STJ, dos acórdãos que declararam haver necessidade de habitualidade para configuração do crime de gestão temerária, destacam-se os dois seguintes:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME. GESTÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. GERENTE. VÍCIOS EM CONTRATOS DE

¹¹⁹SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdãos. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&ementa=habitualidade&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&ementa=habitualidade&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=truehttp://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&ementa=habitualidade&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 20 ago 2016.

¹²⁰SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisões Monocráticas. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=gest%E3o+temer%E1ria&ementa=habitualidade&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21. Acesso em: 20 ago 2016.

¹²¹Possibilidade conferida ao magistrado de classificar o crime com definição jurídica diversa da indicada na peça inicial. Esse procedimento está expressamente autorizado pela norma contida no artigo 383 do Código de Processo Penal. BRASIL. Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 11 set 2016.

EMPRÉSTIMOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 4º, CAPUT, DA LEI 7.492/86. FATOS QUE NÃO COMPROVARAM QUALQUER ATO DE GESTÃO. EXAME DE PROVA.

O descumprimento de normas internas da agência bancária, relativas à empréstimos e financiamentos, não legitima a acusação de gerente pelo delito de gestão fraudulenta se os atos não chegaram a compreender o núcleo contido no verbo "gerir", pelo qual se tem real comprometimento da administração da instituição.

[...] Não se caracteriza o crime de gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira na hipótese de gerente de agência bancária autorizar empréstimos a pessoas que não apresentavam condição econômica para pagá-los, desobedecendo normas e pareceres internos da instituição financeira, porque para a configuração do crime não é suficiente um só ato isolado sem influência para a gestão da instituição, sendo necessário existir a habitualidade, pluralidade de atos na condução dos negócios da pessoa jurídica, de modo a atingir o bem jurídico tutelado.

REsp 897864 / PR –RECURSO ESPECIAL 2006/0227625-9. Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 04/11/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 29/11/2010.

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO.

1.Embora exista controvérsia, com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, a tese mais plausível é de que o crime do art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/1986 (gestão temerária) exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com desmedido arrojo.

2.A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão temerária.

3.Ainda mais, se como na espécie, demonstrado, de plano, ausente o elemento subjetivo, porque a conduta descrita na denúncia não revela temeridade, mas os riscos próprios da atividade econômico-financeira. Processo HC 97357 / GO - HABEAS CORPUS 2007/0305341-0. Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA.Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 28/09/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 18/10/2010.

O mesmo Tribunal manifestou-se contrário a exigência de habitualidade em três outros julgamentos. Sendo assim, prevaleceu o entendimento de que não é necessária a habitualidade para imputação do delito de gestão temerária, conforme verifica-se das transcrições a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA

FINANCEIRO NACIONAL: GESTÃO TEMERÁRIA (ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 7.492/86). CRIME HABITUAL IMPRÓPRIO. DESNECESSÁRIA A HABITUALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A denúncia imputa aos Réus o crime de gestão temerária, pela concessão de linha de crédito internacional, desconsiderando os riscos da operação, bem como várias prescrições do Banco Central do Brasil.

2. A conduta se enquadra, em tese, no crime do art. 4.º, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86, pois, em se tratando de crime habitual impróprio, não é necessária habitualidade para a caracterização desse delito de gestão temerária.

ProcessoREsp 899630 / PR. RECURSO ESPECIAL 2006/0208615-2. Relator(a) Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 10/08/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 13/09/2010.

RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CARACTERIZAÇÃO DE GESTÃO TEMERÁRIA. DOSIMETRIA. NÃO-VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 DO CP E 599 DO CPP. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL.

1. As penas-bases foram devidamente fundamentadas acima do mínimo legal, não se evidenciando afronta ao art. 59 do Código Penal.

2. Não é necessário habitualidade para a caracterização do delito de gestão temerária, bastando a realização de conduta que se subsuma ao art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86. Processo REsp 617191 / SP. RECURSO ESPECIAL 2003/0216532-1. Relator(a) Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 21/03/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 05/06/2006 p. 309.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação exofficio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

GESTÃO FRAUDULENTA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE HABITUALIDADE. SUFICIÊNCIA DE UMA SÓ AÇÃO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. CRIME HABITUAL IMPRÓPRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Pacificou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que o crime de gestão fraudulenta classifica-se como habitual impróprio, bastando uma única ação para que se configure. Precedentes do STJ e do STF.

2. Ainda que o paciente tenha aprovado uma única operação de crédito -

afirmação que não encontra respaldo na denúncia e na sentença condenatória, que lhe atribuem a prática de diversos atos irregulares - tal conduta já se revela suficiente para caracterizar o ilícito pelo qual restou condenado, motivo pelo qual é impossível o trancamento da ação penal como pretendido.

AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. PEÇA VESTIBULAR QUE IMPUTA AO PACIENTE O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA.

CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELO DELITO DE GESTÃO FRAUDULENTA. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO MAGISTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1.O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.

2.Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o magistrado, autorizado pela norma contida no artigo 383 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.

[...]1.O fato de o paciente haver sido um dos principais responsáveis pela fraude perpetrada, bem como os elevados danos causados à instituição bancária com a concessão fraudulenta de créditos que atingiram US\$ 8.300.000,00 (oito milhões e trezentos mil dólares americanos) não integram o tipo penal infringido, o que autoriza o seu emprego para elevar a pena-base do réu. Precedentes.

2. A dilapidação dos recursos do banco pelos seus dirigentes, fundamento empregado no acórdão objurgado para elevar a reprimenda imposta a todos os réus, não é hábil a caracterizar a maior culpabilidade do paciente, pois constitui elemento do ilícito pelo qual restou condenado, motivo pelo qual se impõe o restabelecimento da sanção fixada na sentença condenatória.

3.Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para restabelecer a pena imposta ao paciente na sentença condenatória, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

Processo HC 284546 / SP. HABEAS CORPUS 2013/0406162-9. Relator(a)Ministro JORGE MUSSI. Órgão JulgadorT5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento01/03/2016. Data da Publicação/FonteDJe 08/03/2016.

No âmbito das decisões monocráticas proferidas pelo STJ, o tema sobre a necessidade de um só ato ou a sequência destes também não está pacificada. Haja vista a diversidade de entendimentos encontrada, pois das oito decisões emitidas monocraticamente, cinco pronunciaram a necessidade de habitualidade, enquanto as outras três desconsideram tal exigência. Seguem transcritos os trechos dos cinco julgados favoráveis à necessidade de

habitualidade. Ressalta-se que na primeira decisão descrita abaixo, não há declaração explícita do Relator, mas uma evidente tendência ao posicionamento de ser imprescindível a habitualidade.

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto por Wagner Percussor Campos, Divino Aires de Araujo, Sandro Rogério Lima Belo e Wesley Silva Pimenta contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Consta dos autos que o Ministério Público Federal instaurou procedimento de investigação criminal para apurar possível prática de crime contra o sistema financeiro parte dos gestores da Fundação Celg de Seguros e Previdência - ELETRA, em razão dos seguintes fatos: a) o reconhecimento contábil de suposto crédito com o BNDES, ainda pendente de execução judicial, registrando-o como ativo, com o fito de reduzir o impacto de perdas provisionais; e b) as perdas decorrentes da aplicação (ocorrida em junho de 2006) em Cédulas de Crédito Bancário (CCB) da Clima Engenharia Termoacústica Ltda.

Em razão disso, a defesa impetrou habeas corpus originário, buscando o trancamento do procedimento investigatório. A ordem, no entanto, foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 187):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Hipótese em que a análise da argumentação de inexistência de dolo na conduta narrada afigura-se insuscetível na estreita via processual do habeas corpus, por desafiar dilação probatória.

2. Ordem denegada.

Daí a presente insurgência recursal, na qual se reitera a atipicidade da conduta, pois "em nenhum momento dos autos inquisitoriais, ou mesmo nas decisões ministeriais que deflagraram a instauração do Inquérito Policial n. 0444/2014-4, foi indicada alguma conduta dolosa dos agentes, mas apenas, repita-se, eventual falta de 'cuidado' ou 'prudência'" (e-STJ, fl. 244).

Assevera, ainda, que "o crime do art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 (gestão temerária) exige para sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados (dolosamente) com desmedido arrojo" (e-STJ, fl. 247), fato incorrente na espécie.

Processo RHC 069731. Relator(a) Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. Data da Publicação 15/04/2016.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA POR CORRÉU. OITIVA POR PRECATÓRIO. FALTA DE INTIMAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVAS EXTRAJUDICIAIS E JUDICIAIS. OFENSA. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PERÍODO DEPURADOR DECORRIDO. UTILIZAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. ILEGALIDA

DE. INEXISTÊNCIA.

[...]PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. GESTÃO TEMERÁRIA. ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. ALEGAÇÃO DE NULIDADES PROCESSUAIS NA AÇÃO ORIGINÁRIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO EM AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DE DEFESA INDICADAS PELO CORRÉU. DESNECESSIDADE. DEFENSOR CONSTITUÍDO PRESENTE AO ATO. JUDICIALIZAÇÃO DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM NA APLICAÇÃO DA PENA-BASE. AÇÃO REVISIONAL IMPROCEDENTE.

[...]2. Revisando que objetiva desconstituir o acórdão proferido pela Segunda Turma deste Tribunal que manteve a sua condenação na pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e na pena de multa de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, cada um deles fixado no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito tipificado no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, porque, no período compreendido entre 05.09.1995 e 29.09.1995, enquanto gerente de agência bancária do então Banco do Estado de Pernambuco em Arapirina-PE, teria autorizado operações de crédito irregulares (concessões de empréstimos, contrato de cheque especial, desconto de duplicatas, dentre outras), em favor de vários clientes e das empresas a eles vinculadas sem obediência das normas legais e sem autorização da autoridade competente.

[...]10. Quanto à avaliação da personalidade do ora Requerente, urge reconhecer como lícita a conclusão a que chegou o juiz sentenciante de que aquele possuía inclinação para a prática de ilícitos contra o sistema financeiro, não pelas condenações anteriores, mas porque as provas dos autos evidenciaram que os crimes em questão não foram praticados de modo ocasional, mas com uma habitualidade tal que justifica a afirmação de que o réu, de fato, vivia do cometimento de delitos em benefício de terceiros e de seus parentes, resultando numa avaliação negativa de sua personalidade, para fins de fixação da pena-base, sendo descabido, então, falar-se em indevido "bis in idem".

11. Revisão criminal improcedente. Houve a oposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados (fls. 1.929/1.931):

[...] 6. Manifestação expressa sobre a ausência de bis in idem na dosimetria da pena, pela avaliação negativa da personalidade do Embargante porque o crime em questão não foi praticado de modo ocasional, mas com uma habitualidade tal que justifica a afirmação de que ele, de fato, vivia do cometimento de delitos em benefício de terceiros e de seus parentes e pela consideração, pela sentença, de duas condenações transitadas em julgado em desfavor do Réu como maus antecedentes, não havendo qualquer ofensa à lei ou mesmo ao entendimento previsto na Súmula nº 444, do STJ.

7. Inexistem vícios no Acórdão, quando a matéria trazida à baila se encontra devidamente examinada e os fundamentos, nos quais se ampara a decisão embargada apresentam-se claros e nítidos, não dando lugar, assim, a obscuridades, omissões ou contradições.

[...] É o relatório.

[...] Como se vê, a condenação está fundada em provas colhidas tanto

extrajudicialmente _ e, posteriormente, submetidas ao contraditório _ como nas produzidas na instrução processual. Sendo assim, é descabida a tese de ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal.

Processo REsp 1431346. Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Data da Publicação 18/02/2016.

Como já esclarecido, o fato da ocorrência de *emendatio libelli* compromete a precisão da pesquisa, pois, conforme identificado no julgado abaixo, o texto relata crime de gestão fraudulenta, em que pese ter sido utilizado filtro no sítio do STJ para retorno apenas dos julgamentos sobre “gestão temerária”, seguido do dado “habitualidade”. Contudo, essa observação não se trata de caso pontual, outros casos similares podem ser verificados nos julgados consignados acima e também serão visualizados nas decisões a seguir inseridas.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ADITAMENTO DE RAZÕES RECURSAIS. NÃO CONHECIMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. VÁRIAS PRELIMINARES: SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. RECONHECIMENTO DE FATO NOVO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA, PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO, ESGOTAMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA, INTERROGATÓRIOS (CERCEAMENTO DE DEFESA), OFENSA AO PRECEITO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, PROMOTOR E JUIZ NATURAL, DO PRINCÍPIO DO NE BIS IS IDEM E COISA JULGADA QUANTO À DECISÃO EXARADA NO PARAGUAI, ILICITUDE DAS PROVAS. AFASTAMENTO DE TODAS AS PREFACIAIS. MÉRITO. ART. 16 DA LEI 7.492/86.[...]

[...]“Gestão fraudulenta é aquela em que o administrador utiliza, continuada e habitualmente, na condução dos negócios sociais, artifícios, ardis ou estratégia para pôr em erro outros administradores da instituição ou seus clientes” (TRF da 3.ª R. – HC 8.001/SP - 1.ª T. - Rel. Des. Fed. Oliveira Lima - DJU de 15/06/99, p. 689.)

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO.

O crime do art. 4º, caput da Lei nº 7.492/1986 (gestão fraudulenta) é de mão própria e, pois, somente pode ser cometido por quem tenha poder de direção, conforme, aliás, rol expressamente previsto no art. 25. 2. Além disso exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com dolo, visando a obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica.

A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta, como ocorre na espécie, onde o ora paciente está imbricado como mero partícipe, estranho aos quadros da instituição financeira, por ter efetivado uma operação na bolsa de valores, em mesa de corretora.

O crime do art. 4º, caput da Lei nº 7.492/1986 (gestão fraudulenta) é de mão própria e, pois, somente pode ser cometido por quem tenha poder de direção,

conforme, aliás, rol expressamente previsto no art. 25.

Além disso exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com dolo, visando a obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica.

Processo - REsp 1455581. RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.581 - PR (2014/0121351-6). Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data da Publicação 16/11/2015.

Não houve qualquer economia na transcrição do texto abaixo, considerando que muitos pontos apontados neste trabalho são debatidos na decisão, o que permite conhecer como são entendidos esses aspectos, pelo órgão julgador, ainda que proferidos em decisão monocrática. Assim, será transcrita mais uma decisão que agasalha a necessidade de uma sequência de atos.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 18, P.Ú, DO CP E 4º, P.Ú, DA LEI Nº 7.492/86. DELITO DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA AUSÊNCIA DE DOLO. REANÁLISE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. ELEVADO PREJUÍZO CAUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por JOSÉ EDSON CARNEIRO DE SOUZA, contra inadmissão, na origem, de recurso especial fundamentado na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Regional Federal da 4ª Região, ementado verbis:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ARTIGO. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. GESTÃO TEMERÁRIA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A AÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE TAL DISPOSITIVO NÃO FORA, RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. OFENSA AO, PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. EXAME DA AUTORIA E MATERIALIDADE. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA. EXAME DE PROVA QUE NÃO TRADUZ DESRESPEITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. BANESTADO LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A. BLAM. MEMBROS DE COMITÊ DE CRÉDITO. APROVAÇÃO DE TRANSAÇÕES, SEM A OBSERVAÇÃO DA BOA TÉCNICA BANCÁRIA.

1. Embora seja verdade que o delito previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86 padece de certa imprecisão, isso não significa que uma técnica tal seja inconstitucional por ofensa ao paradigma da reserva legal, já que a utilização de elementos normativos cuja complementação é mister do intérprete não traduz inconstitucionalidade, tratando-se de técnica

amplamente empregada pelo legislador, que não tem condições de prever, em abstrato, toda e qualquer situação em que a conduta que tenciona incriminar incorreria, relegando, pois, à criteriosa análise judicial, no caso concreto, a ponderação - motivada, por óbvio - acerca de se enquadrar ou não ao modelo legal a ação submetida ao crivo do judiciário.

2. Se por um lado é viável afirmar que a previsão legal do delito de gestão temerária confira maior margem interpretativa do que outros modelos de incriminação não menos correto é, por outro, que a existência, de uma conjuntura nesses termos não traduz necessária ofensa aos ditames magnos do ordenamento jurídico pátrio, na medida em que (i) no caso de gestão temerária existem, sim, condutas que manifestamente podem ser assim tachadas – donde evidenciado conteúdo mínimo a todos aferível de plano e (ii) eventuais celeumas quanto a isso (notadamente dúvida quanto à efetiva subsunção do fato à norma) resolvem-se por outras vias (atipicidade por força do in *dúbio pro reo* ou mesmo erro de proibição), que não o puro e simples entendimento de que a norma contraria a Constituição, tal como levado a efeito na sentença ora sob reexame.

3. Uma vez afastada a mácula de inconstitucionalidade levantada, pelo veredicto monocrático, o Tribunal ad quem está autorizado a examinar, desde logo, a materialidade e autoria delitivas, não havendo falar em desrespeito ao duplo grau de jurisdição, eis que afastada a prejudicial de mérito reconhecida em sentença.

4. É sabido que a avaliação quanto à constitucionalidade do tipo penal antecede, necessariamente, ao exame acerca da conformação (ou não) dos fatos descritos na denúncia ao crime pelo qual pretende o órgão acusador sejam os réus condenados. Todavia, tal premissa, verdadeira que é, não tem o condão de sustentar a consequência segundo a qual, uma vez afastada em segundo grau, a inconstitucionalidade do tipo penal reconhecida pelo Juízo Singular, este deverá receber novamente os autos para examinar autoria e materialidade, sob pena de incidir-se em desrespeito à garantia do duplo grau de jurisdição, porquanto, em casos tais, o que não se admite é que haja inauguração de novo debate, travado originariamente perante o Tribunal, situação não ocorrente nestes autos, em que, uma vez afastada a pecha de inconstitucionalidade reconhecida pelo Juízo a quo, procedeu-se ao exame do suporte probatório já constante do caderno processual, verificando-se, assim; se este possibilitava ou não o acolhimento do recurso de apelação na parte em que pleiteava a condenação dos acusados.

5. Os delitos capitulados no artigo 4º da Lei nº 7.492/86, como é sabido, têm por finalidade garantir a boa execução da política econômica do Estado, penalizando, assim, quem expõe o Sistema Financeiro Nacional (mediante a utilização de manobras ilícitas e/ou a realização de transações perdulárias, ou de elevado risco sem a cautela necessária) a prejuízos (ou possibilidade de danos, não necessariamente econômicos) extraordinários, os prejuízos estes representados, na hipótese destes autos, pela elevada importância comprovadamente auferida pelos inúmeros empresários beneficiados com as temerárias transações autorizadas pela alta administração da Banestado Leasing e Arrendamento Mercantil S/A em determinado período.

6. In casu, restou caracterizado o delito de gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, § único, da Lei nº 7.492/86), ante comprovação tanto da materialidade quanto da autoria referente à aprovação de créditos sem a observância das normas regulamentares, uma vez que concedidos sem à

análise prévia quanto ao potencial de endividamento, capacidade de pagamento, entre outros aspectos, das empresas beneficiárias, bem como pela concessão a clientes com sérias restrições cadastrais e sem a exigência de formalização de garantias suficientes, e até mesmo a clientes com elevado endividamento junto ao sistema bancário.

7. O dolo exigido pelo tipo previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86 é o eventual, configurando-se, portanto, quando, o agente, de forma impetuosa, administra a instituição, aumentando, consideravelmente, os riscos da atividade e de eventuais prejuízos daí decorrentes, sendo irrelevante que o agente queira ou não o resultado negativo, já que configurada a conduta delituosa com a mera aceitação quanto a tal possibilidade.

[...] A gestão temerária de instituição financeira é aquela excessivamente arriscada, imprudente, em que o administrador da entidade a expõe, dolosamente, a riscos desnecessários e desproporcionais, em face da situação concreta enfrentada, não agindo com a diligência que seria exigida do homem médio na administração dos seus negócios.

2. No crime de gestão temerária, o dolo consiste na vontade livre e consciente de praticar, no âmbito da administração de instituição financeira operações ou negócios cujos riscos extrapolam os níveis economicamente aceitáveis. Não se exige a intenção de efetivamente prejudicar a instituição financeira, mas tão-somente a de geri-la de forma temerária.

3. O agir temerário, como todo elemento normativo do tipo deve ser aferido no caso concreto, Há que se analisar, portanto, se no caso das operações descritas na denúncia, agiram os réus de forma excessivamente arriscada, contrariando as normas reguladoras desta específica atividade.

[...] "Analisando os fatos à luz do artigo 59 do Código Penal, entendo que a culpabilidade e as circunstâncias do crime foram normais à espécie delitiva. Quanto aos antecedentes, em adequação ao entendimento dos Tribunais Superiores adotado pela Quarta Seção desta Corte (EI 2001.71.02.004672-5/RS), considero apenas as ações penais já transitadas em julgado e que não constituam reincidência (art. 63 e 64, I, ambos do CP). Em consulta ao site da Seção Judiciária do Paraná e deste Tribunal verifico que as ações penais não devem ser consideradas para fins de antecedentes, já que tratam do mesmo crime objeto do presente (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86), o qual exige habitualidade, não havendo como sua reiteração caracterizar pluralidade de delitos.

Processo AREsp 785580. Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data da Publicação 23/10/2015.

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO.

1. Embora exista controvérsia, com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, a tese mais plausível é de que o crime do art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/1986 (gestão temerária) exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com desmedido arrojo.

2. A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão temerária.

[...] A paciente originária da presente impetração, Sandra Beatriz Bairros Tavares, foi beneficiada com o trancamento da ação penal e, o motivo, em princípio, é objetivo, podendo, portanto, ser estendido aos demais corréus, dado que centra-se na assertiva de que o crime do art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/1986 (gestão temerária) exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com desmedido arrojo, não sendo suficiente a descrição de um só ato, isolado no tempo. Processo PExt no HC 097357 - GO (2007/0305341-0). Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data da Publicação 03/02/2011

De acordo com os dados extraídos da pesquisa, realizada no sítio do STJ, das oito decisões monocráticas sobre o tema, três foram contrárias a necessidade de habitualidade, as quais poderão ser observadas conforme reprodução parcial a seguir:

Trata-se de agravos em recursos especiais interpostos por VLADIMIR ANTONIO RIOLI e HUMBERTO CASAGRANDE NETO em face da negativa de seguimento, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, dos apelos raros por eles ajuizados, respectivamente, com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal.

Nas razões do recurso de agravo, VLADIMIR ANTONIO RIOLI afirma que:

a) relativamente à alegada ocorrência de *mutatio libelli* não buscou em nenhum momento rediscutir os fatos. Apenas ressaltou a inexistência de correlação entre a denúncia recebida e a sentença prolatada (fl. 8.173). E, ainda, que basta uma leitura da denúncia

para que se constate que nenhum fato ali narrado envolve a existência de fraude (fl. 8.174); b) relativamente à violação ao art. 59 do CP, especificamente no que tange à alegação de ausência de fundamentos para exacerbação da pena, aduz ser inaplicável a Súmula n. 211/STJ, porquanto providenciou sim o prequestionamento da matéria.

[...] Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso especial do ora agravante nos seguintes termos, in verbis (com destaques):

Para a aduzida violação dos artigos 383 e 384 do C.P.P., transcreve-se o seguinte trecho do acórdão:

- Não restou configurada a falta de correlação entre a denúncia e a sentença ou, mesmo, o cerceamento de defesa, em razão da aplicação do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), uma vez que o édito condenatório se cinge ao narrado na inicial, não obstante o MM Juiz a quo ter entendido que se cuida de hipótese de gestão fraudulenta ao invés de temerária. Ademais, o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica dada ao delito, donde se extrai que o que importa para a posição defensiva é que ao réu seja dado conhecimento de fatos tidos como delituosos, e não que se atenha a um determinado número de artigo de lei.

[...] Acrescenta que a perpetração do delito exige a habitualidade, que não se caracteriza mediante uma ou mais operações concedidas à única empresa cliente ou, então, mediante a prática de um só ato, como é o caso de alguns dos recorrentes. O relator consignou que o dispositivo penal não é inconstitucional, o que exemplificou com a ação penal nº 2006.03.00.026541-0 decidida pelo órgão Especial desta corte e precedentes do STF.

Ressalte-se que, não obstante o legislador tenha se utilizado de conceito indeterminado para a figura típica de gestão fraudulenta, tanto a doutrina como a jurisprudência já assentou entendimento quanto à caracterização da conduta delitiva. Guilherme de se Souza

Nucci leciona que a fraude, elemento normativo do tipo, tem o significado de meio enganoso, ação de má fé com o intuito de ludibriar, é gênero de artifício (esperteza), do ardid (armadilha, cilada), do abuso de confiança [...]

[...] Os seguintes julgados demonstram o posicionamento das cortes superiores quanto à possibilidade de se verificar a tipificação do crime em comento:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 381, III E 619 DO CPP. CRIME DE PERIGO FORMAL QUE INDEPENDE DA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AS VÍTIMAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESNECESSÁRIA A HABITUALIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART 4º DA LEI 7.492/86. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO PRECEDENTES Recurso não conhecido. (RESP 200400397374, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, 07/11/2005-grifei).

AREsp 015933. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 15.933 - SP (2011/0118893-8). Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO. Data da Publicação 20/02/2015.

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. RECURSO COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI E OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO. INEXISTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SEGUIMENTO NEGADO.

Trata-se de recurso especial interposto por W.F.C.M. com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: ART.4º, CAPUT, DA LEI 7.492/86, C.C. ART. 29 E ART. 62, INCISO I, DO CP E ART.5º, CAPUT, DA LEI 7.492/86, C.C. ARTS. 29, 62, INCISO I E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. GESTÃO FRAUDULENTA. APROPRIAÇÃO E DESVIO DE DINHEIRO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. BIS IN IDEM. COISA JULGADA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE. CONSÓRCIO. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR. BACEN. DOSIMETRIA DA PENA.

[...] Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: GESTÃO TEMERÁRIA (ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 7.492/86). CRIME HABITUAL IMPRÓPRIO. DESNECESSÁRIA A HABITUALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A denúncia imputa aos Réus o crime de gestão temerária, pela concessão de linha de crédito internacional, desconsiderando os riscos da operação, bem como várias prescrições do Banco Central do Brasil.

2. A conduta se enquadra, em tese, no crime do art. 4.º, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86, pois, em se tratando de crime habitual impróprio, não é necessária habitualidade para a caracterização desse delito de gestão temerária.

3. Recurso provido.

(REsp 899.630/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 13/09/2010).

Processo REsp 1386525- SP (2013/0169780-0). Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data da Publicação 09/12/2014.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antônio Félix Domingues Nunes, Antônio José Sandoval, Gilberto Rocha da Silveira Bueno, Jair Martinelli, Julio Sérgio Gomes de Almeida e Vladimir Antônio Rioli, em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou seguimento ao apelo raro, ajuizado com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

[...] Outrossim, neste tópico, assevera que com relação à característica da habitualidade, enfatizou-se que a condenação dos agravantes Antônio José, Gilberto, Júlio e Víadimir por gestão temerária violou flagrantemente a taxatividade do tipo penal, por interpretar equivocadamente a elementar "gestão", já que os agravantes mencionados praticaram um único ato administrativo (Fl. 14); d)

[...] A denúncia narra a prática de atos que, em tese, tipificam o crime de gestão temerária de instituição financeira (art. 40 da Lei n' 7.492/86). Condutas de "aprovar e conceder créditos" sem o devido apego a normas administrativas do Banco Central e sem os elementares cuidados de controle e recuperação das quantias mutuadas, eventualmente inadimplidas. Em se tratando de crime de mera conduta, não há indagar se visou com isso a este ou àquele resultado desastroso para a instituição financeira.

A conclusão pela não-existência do elemento subjetivo do tipo penal há que se fazer mediante análise dos elementos probatórios. Análise incabível no espectro processual deste writ. Precedente: HC 75.677.

Habeas corpus indeferido. (HC 87440, CARLOS BRITTO, STF-grifei)

Concernentemente à desnecessidade de habitualidade para o aperfeiçoamento do crime, o acórdão coaduna-se com, precedente do STJ[...] Processo Ag 1358662. Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO. Data da Publicação 21/11/2014. AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.358.662 - SP (2010/0179162-8).

2.1. Supremo Tribunal Federal

A pesquisa realizada por meio de acesso ao sítio do Supremo Tribunal Federal, orientada pelo caminho Jurisprudência >Pesquisa. No campo “Pesquisa livre” foram inseridas as palavras “gestão temerária” e no campo “Ementa/Indexação” o termo “habitualidade”. Os dados inseridos apresentaram como resposta o quantitativo de dois acórdãos e vinte e seis decisões monocráticas, que foram analisadas à luz da necessidade ou não de habitualidade para configuração do crime de gestão temerária.

Os acórdãos apenas mencionaram o termo habitualidade, sem definir a necessidade ou não da ocorrência para configuração do delito de gestão temerária. As decisões monocráticas, apenas uma apresentou o termo habitualidade e posicionamento sobre a desnecessidade de haver pluralidade de atos para configurar o delito de gestão temerária.

Tipo de decisão	Quantidade	Necessidade de habitualidade	Desnecessidade de habitualidade
Acórdão ¹²²	2	sem definição	sem definição
Decisão monocrática ¹²³	1	0	1
Total	3	0	1

Abaixo seguem transcritos trechos dos dois acórdãos que, conforme já informado, mediante a análise realizada não houve posicionamento do Tribunal sobre a necessidade de pluralidade de atos, somente mera menção aos termos “habitualidade” e “pluralidade”, sem definição de serem necessárias ou não.

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRELIMINARES REJEITADAS, SALVO A DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INTIMAÇÃO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. ANULAÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO RÉU CARLOS ALBERTO QUAGLIA, A PARTIR DA DEFESA PRÉVIA. CONSEQUENTE PREJUDICIALIDADE DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA.[...]

[...]HIPÓTESE, FORO PRIVILEGIADO, IMPOSSIBILIDADE, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. HABITUALIDADE, DESMEMBRAMENTO

¹²²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdãos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GEST%C3O+TEMER%C1RIA%29%2840JULG+%3E%3D+20060101%29%2840JULG+%3C%3D+20160601%29%28habitualidade%2EEMEN%2E+OU+habitualidade%2EINDE%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hapunek>. Acesso em 25 ago 2016.

¹²³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisões Monocráticas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GEST%C3O+TEMER%C1RIA%29%2840JULG+%3E%3D+20060101%29%2840JULG+%3C%3D+20160601%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraTicas&url=http://tinyurl.com/hapunek>. Acesso em: 25 ago 2016.

DE PROCESSO, ÂMBITO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), HIPÓTESE, PLURALIDADE, ACUSADO, AÇÃO PENAL, HIPÓTESE, PLURALIDADE, INVESTIGADO, INQUÉRITO POLICIAL.[...].

AP 470 / MG - MINAS GERAIS AÇÃO PENAL. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Revisor(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 17/12/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. EMENTA: PRIMEIRA PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESMEMBRAMENTO INDEFERIDO PELO PLENO. PRECLUSÃO. Rejeitada a preliminar de incompetência do STF para julgar a acusação formulada contra os 34 (trinta e quatro) acusados que não gozam de prerrogativa de foro. Matéria preclusa, tendo em vista que na sessão plenária realizada no dia 06/12/06 decidiu-se, por votação majoritária, pela necessidade de manter-se um processo único, a tramitar perante o Supremo Tribunal Federal. SEGUNDA PRELIMINAR. CONSTATAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DE CRIMES. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INVESTIGAÇÕES NÃO CONCLUÍDAS. ÓBICE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DO RELATÓRIO POLICIAL. PEÇA DISPENSÁVEL PARA EFEITO DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. [...]

[...]OCORRÊNCIA, HABITUALIDADE, REMESSA, DINHEIRO, EXTERIOR, CONTA NÃO-DECLARADA. DESCABIMENTO, UTILIZAÇÃO, PESSOA JURÍDICA, COMETIMENTO, DELITO, TENDÊNCIA, DIREITO PRIVADO, APLICAÇÃO, TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. ATRIBUIÇÃO, PESSOA FÍSICA, CRIME, PRÁTICA, ÂMBITO, EMPRESA.[...].

Inq 2245 / MG - MINAS GERAIS. INQUÉRITO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 28/08/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007. DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT VOL-02298-01 PP-00001. RTJ VOL-00203-02 PP-00473.

O termo habitualidade constou de apenas uma das decisões monocráticas retornada como resultado da pesquisa efetuada no sítio do STF. O referido exemplar refuta a necessidade de habitualidade para o crime de gestão temerária. Logo, a decisão proferida monocraticamente, pelo Ministro Celso de Mello, admite a configuração do crime ainda que não esteja presente o requisito da habitualidade, como pode ser confirmado da leitura do texto a seguir.

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto por Edson Wagner Bonan Nunes contra acórdão que, emanado do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, está assim ementado:

“PENAL – CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – APROVAÇÃO DE EMPRÉSTIMO A EMPRESA DEFICITÁRIA – CONHECIMENTO PRÉVIO DA SITUAÇÃO PRÉ FALIMENTAR DA EMPRESA – EMPRÉSTIMO CONCEDIDO SEM QUAISQUER GARANTIAS EM FAVOR DA CREDORA – ATOS

ANTERIORES E POSTERIORES QUE CONFIRMAM A CIÊNCIA DA SITUAÇÃO DA EMPRESA – DOLO RECONHECIDO – ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO PERFEITAMENTE DELIMITADO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS MEMBROS DO ORGÃO QUE APROVOU A CONCESSÃO DO EMPRÉSTIMO – APELAÇÃO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDA – APELAÇÃO DOS RÉUS IMPROVIDA.

1.– No crime de gestão temerária de instituição financeira, configura-se o dolo pela concessão de empréstimo a empresa deficitária, com a ciência desta situação e com desprezo aos pareceres técnicos contrários ao negócio e às mínimas garantias de segurança e liquidez exigidas pela boa técnica bancária.

2.– O elemento normativo do tipo penal configura-se pela imprudência, afoiteza, imprudência, audácia das transações, e pelo seu risco previsível, que refoge ao risco inerente a qualquer atividade financeira. Inconstitucionalidade do tipo penal afastada.

3.– Ainda que se trate de um único empréstimo, a sucessão de atos, anteriores e posteriores, demonstram a temeridade com que o negócio foi tratado. Alegação de atipicidade da conduta, por falta de habitualidade, que se afasta.

4.– A culpabilidade exsurge da efetiva participação dos membros de comitê de empréstimos na sucessão de atos que culminam com a concessão de vultosa quantia sem quaisquer garantias do futuro adimplemento da dívida. Mantida a absolvição dos membros do comitê que não tiveram qualquer participação em nenhuma fase do procedimento, por não ser possível o reconhecimento de responsabilidade objetiva. Reforma da sentença para condenar os acusados que efetivamente participaram da sucessão de atos que culminaram na concessão do empréstimo temerário.

RE 593735 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 01/08/2014

Publicação. DJe-160 DIVULG 19/08/2014 PUBLIC 20/08/2014

Como amplamente debatido no curso deste trabalho, as inúmeras incongruências e problemas decorrentes da abertura do tipo penal refletem negativamente na prestação jurisdicional, traduzidas pela falta de uniformização gerada e até mesmo pela entrega de decisões equivocadas. Essas questões violam um dos princípios mais relevantes do direito: a segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Examinaram-se na presente pesquisa monográfica as falhas apresentadas na previsão do parágrafo único, do artigo 4º, da Lei 7.492/86, que pela falta de definição e delimitação entre o proibido e permitido, gera ofensa ao princípio da reserva legal. Por estarem ausentes referenciais de balizamento para o aplicador da Lei utilizá-los com segurança, o julgamento transforma-se em arbítrio, ao ficar entregue à livre convicção subjetiva e discricionariedade do magistrado.

Os bens tutelados pela Lei 7.492/86 são indiscutivelmente relevantes por se tratarem de preservação do patrimônio dos cidadãos e desenvolvimento econômico de uma nação, o que reflete direta e indiretamente na qualidade de vida do seu povo, contudo, não menos importante, destaque-se, é a liberdade e imagem do agente que poderá vir a ser processado e responsabilizado por conduta que sequer sabia ser proibida.

Como observado, diante da ausência do conceito legal do crime de gestão temerária pelo legislador, foi transferido para os doutrinadores o suprimento interpretativo das lacunas deixadas na criação do instituto e tarefa não menos densa foi herdada pelos magistrados na aplicação da Lei ao caso concreto, este último com a agravante de impor de forma desarrazoada sanções que cerceiam a liberdade por se tratar de matéria penal.

É inegável que o tipo penal ora em análise é aberto, por ter sido delegado ao julgador atribuir a definição do que seja gestão temerária. Isso se afasta do ideal de tipo penal fechado, que, em regra, deveria ser perseguido ao máximo pelo legislador. Por ser considerado crime de perigo e ausente a determinação típica, ocorre ofensa principiológica da reserva legal, prevista constitucionalmente. Sendo assim, apresenta espaço para ser questionada a inconstitucionalidade da norma.

O crime de gestão temerária, possível de ser praticado na esfera das instituições financeiras, demanda claramente notória especialização e conhecimento técnico de quem estiver na condição de analista da situação, seja qual for a finalidade. Há de se notar, que esses requisitos se tornam ainda mais relevantes quando deles dependem, por exemplo, um julgamento capaz de produzir efeito de cercear a liberdade de alguém. Entretanto, foi verificado que não há exigência ou interesse do judiciário em examinar documentos e pareceres técnicos elaborados por órgãos administrativos e fiscalizadores como insumos para

construir uma decisão técnica, precisa e justa. Isso gera estranheza e total insegurança diante da complexidade do sistema financeiro e falta de especialidade do julgador para enfrentar assuntos tão técnicos. A adoção de práticas de consultas ao arcabouço previamente elaborado no âmbito administrativo, para apuração da conduta do agente, certamente serviria para minimizar as agruras impostas ao decisor pela falta de precisão da Lei 7.492/86, em especial o parágrafo único, do art. 4º.

Enfrentam-se também, pela falta de conceito, dificuldades em saber quais condutas revelam ser a gestão temerária, o termo remete a culpa, porém, de acordo com o parágrafo único, do art. 18, do Código Penal, *in verbis*: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime senão quando o pratica dolosamente.” Verifica-se que o parágrafo único, do art. 4º, da Lei 7.492/86 e o Código Penal não convivem. Entretanto, fazem parte de um sistema e deveriam minimamente coexistirem de forma complementar, a fim de possibilitar aplicações menos injustas da Lei ao caso concreto e estarem conforme o ambiente de renovação e garantias, individuais e coletivas, instituído pela Constituição de 1988.

A imputação do crime de gestão temerária a gerente de agências bancárias não coaduna com a previsão da Lei 7.492/86, por estar expresso que para fins de autoria do crime a conduta deve ser praticada por quem exerce cargo de administração dessas entidades e que neles foram investidos pelas formas previstas em contrato ou estatuto.

Responsabilizarem gerente pelo crime de gestão temerária é extrapolar o dispositivo legal, caso este não tenha poder de decisão, ou seja, apenas tenha se limitado a cumprir o previsto no planejamento estratégico ou deliberações hierárquicas, desde que não manifestamente ilegais. Essas questões devem ser cuidadosamente investigadas, verificadas e avaliadas, a fim de afastar responsabilização e condenação injustas.

A pena cominada em abstrato não representa, em absoluto, a maior adversidade da Lei 7.492/86 diante de tantos pontos nevrálgicos existentes, e, ainda, por tutelar bens como o sistema financeiro, as instituições financeiras, os bens e valores dos investidores, que compõem relevante papel dentro do sistema econômico-financeiro. Entretanto, o eventual processo e consequente condenação devem estar em plena consonância com a ordem jurídica vigente. Com merecida ênfase ao patrimônio dos investidores, os quais depositam suas economias, ou parte delas, para serem geridas pelas instituições financeiras, por acreditarem que as operações serão realizadas com honestidade e lisura.

Mesmo o legislador sendo silente em todos os aspectos da Lei, pela economicidade da redação que notoriamente viola o princípio da taxatividade penal, este fez distinção entre as penas cominadas para sancionar a previsão do *caput*, que se refere a gestão fraudulenta, pena de três a doze anos, e a do parágrafo único, que é de dois a oito anos de reclusão e multa. A justificativa para tal distinção decorre do fato de a gestão temerária apresentar menor reprovabilidade em relação à gestão fraudulenta.

Gestão temerária é crime culposo ou doloso? De acordo com o princípio da excepcionalidade do crime culposo (art. 18, parágrafo único do Código Penal) a qualificação penal de um delito culposo depende de previsão legal expressa, ou seja, mantendo-se silente a norma, só será crime a conduta dolosa. De igual modo, afasta-se qualquer questionamento dogmático de que a imprudência é característica do crime culposo, conforme dispõe o inciso II, do art. 18, do Código Penal. Portanto, se não há previsão legal expressa da forma culposa, para a conduta de gerir temerariamente instituição financeira, no parágrafo único do art. 4º, da Lei 7.492/86, conclui-se que esta norma define o crime doloso, sem admissão da modalidade culposa.

Gestão significa administração de negócios por meio da sequência de atos, importante frisar que ato e gestão são diferentes, assim, o cometimento de um ato, uma ação isolada, mal sucedido ou arriscado não configuraria gestão temerária. Para configuração do crime de gestão temerária é necessário que esteja presente o elemento habitual, um ato por si só pode constituir um indiferente penal, ou seja, a conduta torna-se atípica à luz dos crimes, o que não afastaria a possibilidade de enquadramento da conduta em outro tipo de irregularidade, que poderia ser administrativa e de natureza profissional, a falta de qualificação ou habilidade para a função por exemplo.

A Lei 7.492/86, em que pese tutelar penalmente a confiança e o patrimônio de poupadores, investidores e aplicadores no mercado de capitais, está eivada de insuficiências. Vigente ao longo de trinta anos, ainda não foi possível, à doutrina e à jurisprudência uniformizar a interpretação do dispositivo legal, por dificuldades técnicas da redação dos tipos penais. É necessário tratamento contemporâneo e protetivo à higidez do sistema financeiro do país, pela importância da economia, por representar pilar de sustentação da saúde financeira nacional, que produz reflexos diretos na qualidade de vida da sociedade, e com o objetivo de atender as expectativas sociais de melhores condições de vida. A reforma da Lei 7.492/86 demanda urgência a fim de estar agasalhada pelos princípios consagrados

constitucionalmente.

Para isso, deverá apresentar redação clara e definida sobre o crime de gestão temerária, cominação justa e proporcional à gravidade do crime, para elidir quaisquer dúvidas sobre o elemento subjetivo da conduta, sujeito ativo do crime, requisito da habitualidade - necessidade ou não de sequência de atos?

Não se deve olvidar que também existe afronta ao princípio da legalidade, decorrente da generalidade e indeterminação da conduta típica do crime de gestão temerária. Entretanto, percebe-se recorrente a prática do legislador em utilizar tipos indeterminados e abertos, perigo abstrato, normas penais em branco e cláusulas gerais, em matéria de direito penal econômico, com o objetivo de evitar lacunas e acompanhar a dinâmica do mercado financeiro.

Diante dessa prática adotada pelos legisladores, necessário se faz que a conduta proibida seja especificada com a máxima transparência e a proibição se vincule a bens jurídicos precisamente definidos. O tipo penal em análise, não possui elementos suficientes à delimitação da conduta punível, não há descrição do comportamento proibido, assim, fica exclusivamente ao arbítrio do julgador a compreensão de quais condutas configuram a “gestão temerária”.

Gestão significa administração de negócios por meio da sequência de atos, importante frisar que ato e gestão são diferentes, assim, o cometimento de um ato -- uma ação isolada -- mal sucedido ou arriscado não configuraria gestão temerária. Existem conceitos bastantes discrepantes, na doutrina e jurisprudência, acerca da definição da expressão “temerária”. Não há que se confundir com a culpa *stricto sensu* dos crimes culposos.

Do resultado da pesquisa realizada no âmbito dos Tribunais Superiores, a celeuma relativa à exigência de habitualidade ou não, demonstra as incertezas dos julgadores. Empiricamente, pode-se considerar um empate técnico, efeito extremamente danoso por se tratar de responsabilização penal e aplicação de pena no caso de condenação. Para os que entendem não ser necessária a exigência de habitualidade, o termo gestão não tem a ideia de reiteração, repetição de atos praticados em um contexto temporal e espacial, como atribuído pela língua pátria. Desse modo, admitir interpretação diversa do termo gestão, significa criminalizar por atribuir a uma expressão jurídica sentido não previsto pelo legislador.

De todos os visíveis problemas decorrentes do tipo aberto do parágrafo único,

do art. 4º, da Lei 7.492/86, destacou-se o aspecto da exigência de habitualidade ou não, por meio da análise quantitativa, como forma de confirmar a dificuldade de serem produzidos julgamentos justos e uniformes e também as fragilidades a que estão expostos os possíveis sujeitos do crime, que não lhe é assegurado conhecer quais condutas são permitidas ou proibidas. E isso significa alienar os gestores e retirar-lhes o direito constitucional de não haver crime sem lei anterior que o defina.

O crime de gestão temerária deve ser punido apenas se configurado o dolo ou dolo eventual. Mas, quando aplicado ao caso concreto, o conceito gera confusão. Dessa forma, na prática, foi observado que já houve decisão que afastou a hipótese de gestão temerária sob a tese de a operação ter gerado lucro. Esse argumento precário e sem qualquer fundamento técnico foi utilizado para considerar a conduta regular. De tal decisão depreende-se que se tivesse apresentado prejuízo, certamente seria imputada a responsabilidade por gestão temerária e a consequência seria a aplicação da pena restritiva de liberdade, como previsto na norma. É notória a fragilidade existente.

Talvez fosse suficiente um pequeno ajuste na redação prevendo que o crime estaria configurado se levasse a instituição financeira à falência ou insolvência, ou se fossem descumpridas quaisquer cláusulas contratuais que resultasse em grave prejuízo aos interessados, em inobservância aos normativos emitidos pelos órgãos reguladores.

Por todos os problemas identificados, aguarda-se, com certa ansiedade, que futuramente o referenciado anteprojeto seja novamente apreciado, com a finalidade de criar oportunidade de serem pensadas e implementadas novas e eficientes soluções que afastem a omissão de especificação de conduta presente no crime do art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86. Essa reforma de determinar o tipo penal da gestão temerária, se efetuada, trará referencial para o aplicador da lei, hoje totalmente entregue a formar convicções subjetivas, inclusive de assunto extremamente complexo como é o sistema financeiro.

Urgentemente o crime de gestão temerária de instituição financeira deve receber normas bem definidas, para clarear sua interpretação e elidir qualquer ofensa a princípios. Definir claramente se o crime é de dano ou perigo, concreto ou abstrato, necessidade de habitualidade ou não, para viabilizar ao magistrado julgamento sereno e em harmonia com os ideais de justiça.

REFERÊNCIAS

ACR 2005.05.00.036940-8/CE, 2ª Turma, rel. Des. Federal Manoel Erhardt, DJ 28.11.2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/Eduardo_philippsen.html> Acesso em: 16 set. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional & Contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 11 set 2016.

BRASIL. Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 11 set 2016.

BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_ompilado.htm> Acesso em: 14 ago 2016.

BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_ompilado.htm> Acesso em: 25 ago 2016.

BRASIL. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm> Acesso em: 25 ago 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional* (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986). Belo Horizonte. Livraria Del Rey Editora, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo. Saraiva. 2000.

FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago Zucchetti. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 2010 – RBCCRIM 86. Volume 18, número 86, set/out 2010.

FERREIRA, Edson. *A fundamentação de decisões nos crimes contra o sistema financeiro nacional* – Um aprofundamento sobre o crime de gestão temerária à luz de elementos da Teoria do Risco. Brasília: Dissertação apresentada ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito e Políticas Públicas, 2009.

FERREIRA, Marcelo Andrade. *Sistema Financeiro Nacional: uma abordagem introdutória dos mecanismos das instituições financeiras*. Curitiba: Editora InterSaber, 2014.

FORNACIARI, Gauthama. *Gestão Fraudulenta e Temerária: Um estudo jurisprudencial*. São Paulo. Saraiva, 2013.

GESTÃO temerária: elaboração de parecer opinativo - participação no crime - ocorrência "Recurso em habeas corpus. Gestão temerária. Elaboração de parecer opinativo. Participação no crime. Necessidade de descrição, na denúncia, do vínculo subjetivo. *RDP*, n. 78, fev./mar. 2013.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Niterói, RJ. Impetus, 2005.

HC 22.769/GO, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23.06.2003; HC 44.866/GO, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 05.12.2005; HC 56.800, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 16.10.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo>. Acesso em 17 set 2016.

HC 81.324/SP, 2ª Turma, rel. Min. Nelson Jobin, DJ 23.08.2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881324%2E+OU+81324%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z6am7ft>. Acesso em 4 nov 2016.

HC 83.674/SP, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.04.2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883674%2E+OU+83674%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z7kvmqf>. Acesso em 4 nov 2016.

HC 87.440/GO, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJ 02.03.2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 17 set 2016.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

MANTECCA, Paschoal. *Crimes Contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo. Ed. Saraiva, 1985.

MICHAELIS: pequeno dicionário da língua portuguesa. São Paulo. Companhia Melhoramentos. Dicionário Michaelis. 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. Considerações sobre a Lei 7492/86: balizas dogmáticas e constitucionais aos crimes de perigo abstrato. *Revista de Direito da Advocef*. Porto Alegre, v.1, n.9, 2009.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão

temerária em instituição financeira. *Universitas/jus*, Brasília, n. 4, jul./dez. 1999.

PAULA, Áureo Natal de. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

PHILIPPSEN, Eduardo Gomes. Gestão temerária – a conduta do administrador de instituição financeira em face das normas regulamentares. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/eduardo_philippsen.html> Acesso em: 16 set. 2016.

PIMENTEL, Manoel Pedro, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes Econômicos – As limitações do Direito Penal*. Campinas. Edicamp, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisões Colegiadas. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=gest%E3o+temer%E1ria&ementa=habitualidade&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 20 ago 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisões Monocráticas. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=gest%E3o+temer%E1ria&ementa=habitualidade&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=21. Acesso em: 20 ago 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisões Colegiadas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GEST%C3O+TEMER%C1RIA%29%28%40JULG+%3E%3D+20060101%29%28%40JULG+%3C%3D+20160601%29%28habitualidade%2EEMEN%2E+OU+habitualidade%2EINDE%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/hapunek>. Acesso em 25 ago 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisões Monocráticas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28GEST%C3O+TEMER%C1RIA%29%28%40JULG+%3E%3D+20060101%29%28%40JULG+%3C%3D+20160601%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hapunek>. Acesso em: 25 ago 2016.

TORTIMA, José Carlos. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Uma contribuição ao Estudo da Lei 7.492/86)*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2002.